



UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA

La insuficiencia del modelo de distribución de competencias en Colombia: Efectos sobre la descentralización y la autonomía de las entidades territoriales

Javier Mora González

Universidad Nacional de Colombia
Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales
Bogotá, Colombia
2014

La insuficiencia del modelo de distribución de competencias en Colombia: Efectos sobre la descentralización y la autonomía de las entidades territoriales

Javier Mora González

Trabajo de grado presentado como requisito para optar al título de
Magister en Derecho

Directora:

Abogada María Angélica Sánchez Álvarez

Línea de Investigación:

Derecho Administrativo

Universidad Nacional de Colombia
Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales
Bogotá, Colombia

2014

A Marcela, Ignacio y Francisco

Contenido

Resumen.....	IX
Introducción	1
Justificación.....	1
Problema.....	3
Hipótesis	4
Objetivos	6
Objetivo general	6
Objetivos Específicos	6
Metodología	7
1. Estado del Arte.....	11
1.1. Formas de Estado y distribución de competencias	11
1.1.1 Modelo de Distribución de competencias.....	12
1.1.2 Elementos y tipos de competencias.....	12
1.1.3 Ámbitos competenciales.....	17
1.1.4. Competencia para fijar competencias.....	20
1.2. Fuentes normativas para la fijación de competencias.....	24
1.2.1. La Constitución Política.....	24
1.2.2. Las normas orgánicas de distribución de competencias. Contenido	25
1.2.3. Las leyes ordinarias	27
1.3. El Sistema General de Participaciones, normas reguladoras del sector de agua potable y saneamiento básico y estrategia de control sobre el uso de recursos del sistema para su financiación	28
1.3.1. El Sistema General de Participaciones	28
1.3.2. Regulación del sector de agua potable y saneamiento básico	33
2. Marco Teórico	49
2.1. La forma del Estado colombiano	49

2.1.1. Descentralización en el marco de un Estado Unitario.....	50
2.1.2. Descentralización y distribución de competencias.....	51
2.1.3. Estado con autonomía de sus entidades territoriales.....	53
2.2. Articulación de la de la descentralización y la autonomía. Impacto en la democracia y en la situación fiscal de las entidades territoriales.....	56
2.3. Pertinencia de un sistema normativo completo para la distribución de competencias.....	61
2.3.1. La pertinencia de la ley orgánica	62
2.3.2. La pertinencia de la Ley ordinaria.....	63
2.4. Reglas de distribución de competencias. Propuesta de contenido.....	71
3. Validación de la hipótesis.....	75
3.1. La asunción temporal de competencias y el proceso de descertificación en agua potable y saneamiento básico a la luz del modelo propuesto de distribución de competencias.....	75
3.2. Identificación de los elementos del modelo de distribución de competencias en el sector de agua potable y saneamiento básico desde la perspectiva del control.....	75
3.3. La inexistencia de reglas para la definición de competencias	77
3.4. Consecuencias de los conflictos de las normas de control sobre el sector de agua potable y saneamiento básico en el modelo de distribución de competencias	80
4. Conclusiones.....	83
4.1. Referidas al modelo de distribución de competencias.....	83
4.2. Referidas a la competencia de control sobre el sector agua potable y saneamiento básico	85
Bibliografía	87

Resumen

La distribución de competencias entre niveles territoriales de gobierno es un aspecto fundamental dentro de la organización del Estado. En el marco del sistema normativo colombiano es posible identificar la existencia un modelo de distribución de competencias, constituido por tres elementos: los principios orientadores de la distribución de competencias, las reglas de distribución de competencias y la distribución de competencias propiamente dicha. Las reglas de distribución, no figuran dentro de la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial, Ley 1454 de 2011, norma que lo debería contener. Tal ausencia habilita al legislador ordinario para distribuir competencias con gran discrecionalidad afectando con ello la descentralización y autonomía territoriales, afectación que se evidencia al analizar la competencia referida a los controles al uso de los recursos que financian el Sistema General de Participaciones y, a la prestación del servicio público de agua potable, alcantarillado y saneamiento básico.

Palabras clave: Modelo, competencia, descentralización, autonomía, ley orgánica, principio de subsidiariedad, sistema general de participaciones.

Abstract

The distribution of competitions between territorial levels of government is a fundamental aspect inside the organization of the State. In the frame of the normative Colombian system it is possible to identify the existence a distribution model of competitions, constituted by three elements: the principles of orientation for the distribution of competitions, the distribution rules of competitions and the distribution of competitions in strict sense. The distribution rules, do not appear inside the Organic Law of Territorial Classification, Law 1454 of 2011, norm that should contain it. Such an absence enables the ordinary legislator to distribute competitions with great discretion affecting with it the territorial decentralization and autonomy, affectation that is demonstrated on having analyzed the competition referred to the controls to the use of the resources that finance the General System of Participations and, to the service public of drinkable water, sewer and basic reparation.

Introducción

Justificación

Los artículos 151, 288 y 356 de la Constitución Política de Colombia asignan al legislador la función de establecer la repartición de competencias entre la Nación y las entidades territoriales. La norma mediante la cual el Congreso de la República debe dar cumplimiento a tal obligación es una de naturaleza orgánica que, tal como lo establece el artículo 151 constitucional, tiene por característica la determinación de las reglas a las cuales estará sujeta la actividad del propio legislador en ciertas materias, como la asignación de competencias normativas a las entidades territoriales. Adicionalmente el artículo 319 constitucional establece que dentro de la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial - LOOT, se debe adoptar el régimen administrativo y fiscal de carácter especial para las áreas metropolitanas. Así, mediante la Ley 1454 de 2011 el legislador expidió la norma orgánica, la cual, entre otros aspectos, desarrolla: los principios para el ejercicio de las competencias entre niveles de gobierno (artículo 27); una norma residual de determinación de competencias para municipios (parágrafo del artículo 28) y; fija precisas normas de repartición de competencias en materia de ordenamiento del territorio (artículo 29). Posteriormente, el legislador expidió la Ley 1625 de 2013, mediante la cual se estableció el *“régimen para las áreas metropolitanas”*, la cual a su vez, desarrolla en sus artículos 6 y 7, respectivamente, las competencias y funciones de aquellas.

A pesar de que, como se ve, actualmente se encuentran en el ordenamiento jurídico, por una parte, normas constitucionales y legales que asignan o distribuyen competencias entre la Nación y las entidades territoriales y, por la otra, principios constitucionales orientadores del ejercicio de competencias entre aquella y éstas (coordinación, concurrencia y subsidiariedad), no existen normas jurídicas que sirvan de regla o criterio para que el legislador ordinario (por oposición al orgánico), distribuya competencias entre

los distintos niveles territoriales, salvo, lo dispuesto en el inciso 2º y literal b del inciso 6º del artículo 356 de la Constitución Política, de acuerdo con los cuales, respectivamente, *“los Distritos tendrán las mismas competencias que los municipios y departamentos para efectos de la distribución del Sistema General de Participaciones que establezca la ley”* y, que no es posible descentralizar competencias sin la previa asignación de los recursos fiscales suficientes para atenderlas.

De hecho, con posterioridad a la expedición de la Ley 1454 de 2011 - LOOT, fueron expedidas las leyes 1551 de 2012 y 1617 de 2013, las cuales a su vez incorporan particulares normas sobre principios orientadores del ejercicio de las competencias. En efecto el artículo 4 de la primera, que modifica a su vez el artículo 3 de la Ley 136 de 1994 establece “principios rectores del ejercicio de la competencia” para los municipios, mientras que el artículo 3º de la segunda hace mención a los “principios” que rigen la misma materia, pero, en los distritos. Los particulares principios contenidos en las leyes 1551 de 2012 y 1617 de 2013, a pesar de que, en términos de sus contenidos, pueden ser vistos como complementarios a aquellos principios identificados en la LOOT, dan cuenta de una ausencia de línea uniforme en la regulación de la materia.

Lo anterior implica que el modelo o esquema de repartición de competencias, entendido como una representación analítica de tal fenómeno jurídico, que estaría compuesto por: a) los principios orientadores del ejercicio de competencias; b) las reglas de fijación de las competencias; y c) la asignación de competencias, propiamente dicha, se encuentra, a pesar de la existencia de una ley de ordenamiento territorial (Ley 1454 de 2011) a medio camino. Este estado de la evolución del modelo se plantea en consideración a que si uno de sus elementos, la existencia de reglas de repartición de competencias, no ha sido desarrollado, entonces va a resultar importante determinar si ello afecta la autonomía de las entidades territoriales y el modelo de descentralización, lo cual constituye en aspecto central del presente trabajo. El análisis del impacto de la insuficiencia del modelo se desarrolla en el marco del Sistema General de

¹ La Ley 1454 de 2001 fue publicada en el Diario Oficial día 29 de junio de 2011.

² “Por la cual se dictan normas para modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios”.

³ “Por la cual se expide el Régimen para los Distritos Especiales”.

Participaciones – SGP y en particular dentro de la estrategia de monitoreo, seguimiento y control al uso de los recursos financieros que lo integran.

Problema

La omisión dentro del ordenamiento jurídico colombiano de las reglas para la fijación de las competencias de las entidades territoriales, trasciende las dificultades analíticas para la comprensión del fenómeno de distribución de competencias y puede llegar hasta la afectación de la descentralización y la autonomía de las entidades territoriales.

En efecto, si la descentralización se define como *“un proceso de asignación de competencias y recursos desde la administración central del Estado, hacia las administraciones subnacionales⁴”*, entonces, resulta necesario que tal asignación responda a un modelo determinado y definido por quien al interior del Estado se la ha asignado tal función..

De otra parte, si la autonomía de las entidades territoriales, consagrada en el artículo 1 y desarrollada en el artículo 287 de la C.P. en su expresión administrativa, se traduce en que tales entidades *“tienen derecho a ejercer las competencias que les correspondan”*, entonces, el ejercicio o materialización de dicho derecho: o habría tomado como referente elementos jurídicos ajenos al modelo de distribución de competencias o, habría sido incompleto, lo cual podría constituir una lesión de su autonomía.

De esta manera, se dejarían abiertas posibilidades sin límite al legislador para la distribución de competencias, máxime cuando un examen judicial de la norma que, en particular las distribuye, puede verse afectado ante la ausencia de una regla de distribución que sirva de referente de estudio tal como se desarrolla a continuación.,

De un lado, si el control de constitucionalidad se realizara sobre leyes ordinarias⁵, entonces, ante la ausencia de reglas de asignación de competencias al interior de la “ley

⁴ ESPITIA ZAMORA, Jorge E. “La descentralización fiscal y sus indicadores” en revista Economía Colombiana, Edición 318, mayo de 2007, Contraloría General de la República, Bogotá, 2009 p. 182.

⁵ Por supuesto un examen de la constitucionalidad de la “ley orgánica de ordenamiento territorial” es posible. Sin embargo, tal examen tendría como referente la Constitución Política a pesar de que

orgánica de ordenamiento territorial”, la Corte Constitucional no estaría en capacidad de hacer un ejercicio completo⁶.

De otro lado, si el examen de legalidad se realiza sobre actos administrativos de orden nacional o territorial, cuyo contenido está referido a la materia objeto de estudio, el juez competente para realizar el examen se enfrentaría al mismo problema, es decir, no podría realizar un ejercicio completo, pues, a pesar de que existiera ley ordinaria asignando competencia que serviría de referente inmediato de confrontación, la ausencia de norma orgánica estableciendo reglas de distribución, es decir, de referente mediato limita el mencionado examen de legalidad que pueda hacerse sobre tales actos administrativos.

La pregunta que surge a partir de lo anterior, es si resulta sostenible, desde un punto de vista jurídico, continuar aceptando un “no modelo” de distribución de competencias entre la nación y las entidades territoriales afectando con ello la descentralización como tipo de régimen administrativo acogido en la Constitución Política y, la autonomía de las entidades territoriales o, por el contrario, puede aceptarse que el legislador goza de amplias facultades para disponer cómo se habrán de repartir las competencias entre la nación y los entes territoriales sin obedecer modelo alguno.

Hipótesis

Hipótesis general

Como quiera que el modelo de distribución de competencias entre niveles de gobierno en el Estado Colombiano estaría compuesto por tres elementos: los principios orientadores, las normas que fijan las competencias y las normas que fijan reglas para distribuir

eventualmente hiciera ella misma una asignación de precisa de competencias. La precisión anterior se origina en consideración a que el señalamiento, hasta ahora, se centra en la inexistencia de reglas para la asignación que deberían estar en la mencionada ley orgánica.

⁶ En este punto se parte de la premisa de acuerdo con la cual las normas orgánicas hacen parte del bloque de constitucionalidad en sentido lato, tal como lo reconoce la propia Corte Constitucional en Sentencia C – 191 de 1998 y como lo documenta y precisa Rodrigo Uprimny Yépes en “*Bloque de Constitucionalidad en Colombia*”, p. 20. Disponible en [www.dejusticia.org/admin/file.php?table=documentos...field...id]. Fecha de consulta [26 de noviembre de 2009].

competencias y, éste último elemento, el correspondiente a las reglas, no ha sido desarrollado, es importante resaltar uno de los efectos nocivos que tal omisión ha generado.

Así las cosas, la hipótesis es que el carácter incompleto del modelo de distribución de competencias afecta la descentralización en el Estado Colombiano y la autonomía de las entidades territoriales. A la descentralización, porque no puede ser coherente un esquema de *“asignación de competencias y recursos desde la administración central del Estado, hacia las administraciones subnacionales”*⁷ sin reglas que sirvan de referente a la función distribuidora de competencias a cargo del Congreso Nacional. A la autonomía como quiera que si la capacidad de autorregulación de las entidades territoriales se traduce en la *“investidura de potestades públicas y competencias sobre las que proyecta tales potestades”*⁸, y si tales potestades y competencias deben estar definidas por el legislador, entonces, la inexistencia de reglas abre la posibilidad de que a las entidades territoriales se les atribuyan competencias en exceso o en defecto de sus propias capacidades. Desde la perspectiva del Sistema General de Participaciones, y con independencia de que los artículos 356 y 357 constitucionales asignen particulares competencias respecto a los sectores que lo integren, es posible advertir que el control que se ha diseñado para el uso de los recursos que lo financian, refleja una discrecionalidad excesiva del ejecutivo cuando ejerce tal control, lo que estaría explicado, en parte por la inexistencia de reglas de distribución de competencias y, en parte, por una sobrerregulación del mismo que alcanza hasta para que un mismo sector puede ser objeto de control por dos entidades del nivel nacional de gobierno.

Subhipótesis

- La necesidad de la existencia de unas reglas para la fijación de competencias, parte no sólo de consideraciones de orden jurídico sino también de orden sistémico.

⁷ ESPITIA ZAMORA, op. cit., p. 182.

⁸ PAREJO ALFONSO, Luciano. “Lecciones de Derecho Administrativo”. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia 2007. pp. 77 y 78.

- Un modelo de distribución de competencias no se satisface únicamente con la verificación de unos principios y la fijación de las competencias. El modelo de distribución de competencias requiere de la identificación de los tipos de competencias que van a ser distribuidos a cada uno de los nivel territoriales, los ámbitos competenciales que van a ser asignados a cada uno de los anteriores, las formas en que se van a expresar los principios durante la ejecución de competencias y los mecanismos de subsidiariedad en términos de la llegada de otros niveles territoriales ante las dificultades que presente el ‘nivel bajo’ para el acometimiento de las propias. Sin los anteriores elementos difícilmente será posible una adecuada e integral gestión a cargo de la administración pública.

Objetivos

Objetivo general

Exponer la existencia de un modelo de distribución de competencias entre niveles territoriales de gobierno y sus efectos sobre la descentralización y la autonomía de las entidades territoriales y, sobre dicho supuesto, poner en evidencia la insuficiencia del mismo.

Objetivos Específicos

- Ofrecer un análisis de los elementos que integran el modelo de distribución de competencias entre niveles territoriales de gobierno.
- Evidenciar la necesidad de ofrecer reglas para la asignación de competencias en procura de fortalecer la descentralización y la autonomía de las entidades territoriales.
- Poner en evidencia la afectación de la descentralización y la autonomía de las entidades territoriales con motivo de la insuficiencia del modelo de distribución de competencias, en particular dentro del la estrategia de monitoreo, seguimiento y control a los recursos financieros del Sistema General de Participaciones

- Ofrecer elementos de análisis a los jueces de la República al momento de examinar las normas, de distinta jerarquía, que regulan la distribución de competencias entre niveles de gobierno.

Metodología ⁹

En una primera parte, con una pretensión sistematizadora y a partir de una tarea descriptiva, se aborda el tema de distribución de competencias entre los niveles territoriales de gobierno desde la perspectiva de un modelo existente para ello. En este sentido, se identifican los elementos del modelo y se determina su elemento ausente, este es, las reglas para la distribución de competencias. Ante la evidencia de la inexistencia del elemento “reglas de distribución”, se enumeran algunos criterios que podrían servir de referente para completarlo.

En seguida, se aborda el análisis de un sistema del ordenamiento jurídico colombiano que, de suyo, implica a su vez, distribuciones de competencias entre niveles de gobierno, este es, el Sistema General de Participaciones –SGP. Dentro del análisis del SGP, en particular se estudia uno de sus componentes, el del control al uso de los recursos que lo financian, para más adelante dimensionar el impacto que la omisión de la regla de distribución de competencias tiene sobre la descentralización y la autonomía territorial.

En una segunda parte, en el marco de una actividad propositiva y a partir de la identificación de los efectos que sobre la descentralización y la autonomía de las entidades territoriales se generan por la ausencia del elemento “regla de competencia” dentro del modelo de distribución de competencias, se pretende identificar cómo la descentralización y la autonomía territoriales se ven afectados por aquellos. Lo anterior con el objetivo de generar una reacción del legislador sobre la necesidad de completar el modelo.

De esta manera, el trabajo posee una doble característica que se inscribe, de un lado, en lo que Courtis considera una tarea de *“sistematización que consiste en hacer*

⁹ La presentación de este apartado toma como referente lo expuesto por Christian Courtis en “El juego de los juristas: ensayos de caracterización de la investigación dogmática”, en *Ecós cercanos*, escritos sobre derechos humanos y justicia. Siglo del hombre Editores. Universidad de los Andes. 2009, p. 37 y siguientes.

*comprensible un conjunto normativo a partir de una labor de síntesis de sus características fundamentales*¹⁰. Así, la comprensión de de la distribución de competencias entre niveles territoriales de gobierno se realizará a partir de su abordaje en términos de modelo.

Del otro lado, siguiendo con Courtis, particularmente en el marco de una hipótesis lege ferenda¹¹ y en el entendido de que la ausencia de reglas de distribución de competencias dentro del sistema normativo colombiano afecta la descentralización y la autonomía territoriales, se propone completar el modelo a partir de la generación de las reglas pero, en el marco de la Ley Orgánica de ordenamiento territorial

Itinerario

A partir del la identificación de las formas de Estado y en particular la que reviste la República de Colombia, inicialmente se expondrá el carácter instrumental de la distribución de competencias en aquellas, lo mismo que la necesidad de unas reglas claras para efectos de acometer tal ejercicio de distribución.

Enseguida se aborda el análisis en abstracto de las competencias y su distribución, identificando algunos criterios que pueden servir de referente en un ejercicio de fijación de competencias, lo que podría constituir el insumo de legislador orgánico al momento de completar establecer reglas de distribución de competencias.

Dentro de esos criterios, se resalta aquel referido a las competencias normativas y más precisamente a la “competencia para fijar competencias”. Lo anterior, por cuanto si uno de los principios característicos de un Estado Social de Derecho es el de legalidad, entonces, la distribución de competencias que vaya a efectuar el órgano dentro del Estado al que le ha sido encomendada tal función, debe obedecer las normas que regulan la materia. Pues bien, como quiera que la hipótesis parte de la base de que el legislador orgánico omitió el establecimiento de reglas para la fijación de competencias para el legislador ordinario, se realiza un ejercicio, en abstracto, del análisis de tal

¹⁰ Ibid, p. 38.

¹¹ Ibid, p. 32.

omisión, estructurando una posible inconstitucionalidad por omisión a partir de los requisitos y casos que la Corte Constitucional ha determinado para el efecto.

Enseguida se introduce al análisis la manera en que la Constitución, la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial y la Ley ordinaria participan dentro del modelo de distribución de competencias, en términos del tipo de normas que ofrecen o deberían ofrecer, para luego dar paso al estudio descriptivo, desde una perspectiva de distribución de competencias, del Sistema General de Participaciones, y del control que el nivel nacional de gobierno ejerce sobre el mismo, todo lo cual, servirá más adelante de escenario para probar la afectación de la descentralización y la autonomía territoriales.

Posteriormente y bajo la premisa de que la insuficiencia del modelo de distribución de competencias afecta la descentralización y la autonomía territoriales, se hace necesario encarar el análisis de los dos conceptos, su conexión con la distribución de competencias y la posible afectación, que en abstracto, genera sobre aquellas la mencionada insuficiencia .

De otra parte, si la validación de la hipótesis estará referida al control que ejerce el nivel nacional de gobierno sobre el Sistema General de Participaciones y, en particular a la asunción temporal de competencias como mecanismo de control por parte del nivel superior de gobierno, es necesario abordar el fundamento jurídico que le da origen a tal asunción, es decir, el principio de subsidiariedad, orientador de la distribución de competencias.

Finalmente se adentrará en la validación de la hipótesis a través de la prueba de cómo la coexistencia y simultaneidad de controles ejercidos por órganos diferentes del nivel nacional de gobierno afectan la descentralización y autonomía territoriales. Para el efecto y en el marco de la asunción temporal de competencias y el proceso de descertificación en el sector de agua potable y saneamiento básico, se reiteran los elementos del modelo de distribución de competencias y se identifican las normas constitucionales y legales que distribuyen competencias propiamente dichas dentro del sector de agua potable y saneamiento básico. Posteriormente se desarrolla el tema de la inexistencia de las reglas para la definición de competencias, los conflictos que genera tal inexistencia en la aplicación de las normas de control sobre el sector de agua potable y saneamiento

básico y las consecuencias que ello genera. Finalmente se analiza el impacto que la omisión de las reglas de distribución de competencias tiene sobre la autonomía y descentralización.

1. Estado del Arte

1.1. Formas de Estado y distribución de competencias

El análisis del modelo de distribución de competencias dentro del ordenamiento jurídico y colombiano, impone la identificación de la forma del Estado que reviste la República de Colombia y la implicaciones que dicho modelo tiene sobre la distribución del poder en las organizaciones político jurídicas. En este sentido, sólo con pretensiones metodológicas¹²: es posible identificar cuatro (4) formas de Estado¹³, confederaciones, federaciones regionalismo¹⁴ y el estado unitario o descentralizado.

Cada una de las tipologías de las formas de Estado posee una particular distribución del poder entre los diferentes niveles territoriales de gobierno, lo cual a su vez implica una particular forma de distribución de competencias. Así, cada tipología de Estado es susceptible de analizarse desde una perspectiva política (distribución de poder) y desde una perspectiva jurídica (distribución de competencias).

Desde una perspectiva jurídica, y en el marco de un Estado Social de Derecho, la distribución de competencias habrá de estar fijada en normas y responder a criterios establecidos, también, en normas. Pues bien, si en el plano de la existencia de una particular forma de Estado, su éxito se halla en la *“necesidad de integrar lo múltiple con lo diverso”*¹⁵,

¹² Se aclara la pretensión como quiera que tal como lo expone Marquardt en la perspectiva comparada, por ejemplo, nunca dos Estados federales tienen la misma distribución de competencias; el lugar de la soberanía es muy ambiguo y; porque en ocasiones Estados federales han sido nombrados como confederaciones y viceversa.

¹³ MARQUARDT, Bernd “ El federalismo y el regionalismo en el constitucionalismo hispanoamericano (1810 – 2009):¿ patria boba o un camino para profundizar la democracia? en Revista *Pensamiento Jurídico*, No. 24 enero – abril de 2009, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2009. p. 80

¹⁴ En criterio de Marquardt: el regionalismo es “un hermano pequeño de federalismo” cuyo rasgo es evitar “afirmar la estatalidad propia de los territorios integrados”.

¹⁵ FRIAS, Pedro de J. “Derecho Federal” en *“Tendencias actuales del Derecho”*, José Luis Soberanés Fernández, Compilador. Fondo de cultura económica, segunda edición, México 2001, p. 298.

entonces, además de los “*factores sociales, políticos, económicos, históricos, territoriales y hasta emocionales*”¹⁶, se considera necesario una definición de las instancias, los procedimientos y las reglas que habrán de jugar al momento de distribuir las competencias que reconozcan tales factores.

La ausencia de tal definición o lo que es lo mismo, la imprecisión o indeterminación de las instancias procedimientos y reglas de distribución de competencias, potencialmente afecta al Estado Colombiano desde una perspectiva política y administrativa dado su carácter de República unitaria, descentralizada y con autonomía de sus entidades territoriales.

1.1.1. Modelo de Distribución de competencias

1.1.2. Elementos y tipos de competencias

Antes de adentrarse al análisis del modelo de distribución de competencias conviene ofrecer una definición del concepto de “competencia”, para lo cual se toma como referente lo que al respecto expresó la Corte Constitucional en Sentencia C-579 de 2001.

Las “competencias” son aquellas atribuciones específicas que, en su conjunto, configuran el ámbito material de las funciones que han sido asignadas por el ordenamiento jurídico a una autoridad determinada; tal y como lo establece el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, la competencia, en este sentido, es la “atribución legítima a un juez u otra autoridad para el conocimiento o resolución de un asunto”. Se trata de la principal manifestación del principio de legalidad (C.P., arts. 6 y 122), en virtud del cual las autoridades públicas sólo podrán efectuar aquellas actuaciones para las cuales hayan sido expresamente autorizadas por la ley.

¹⁶ MADRAZO, Jorge. “Derecho Federal” en “*Tendencias actuales del Derecho*”, José Luis Soberanés Fernández, Compilador. Fondo de cultura económica, segunda edición, México 2001, p. 325.

1.1.1.1. Elementos

El modelo de distribución de competencias, es posible entenderlo como “*un esquema teórico que pretende representar analíticamente una realidad*”¹⁷. En este escrito se propone caracterizar tal modelo desde una perspectiva jurídica, a través de la identificación que de dichos elementos puede desprenderse de normas constitucionales y legales y, a través de los tipos de competencias que pueden distribuirse.

En el terreno de los elementos, por lo menos para el caso colombiano, se identifican tres: a) los principios que orientan el ejercicio de distribución, b) las reglas que deben seguirse para realizar la distribución de competencias por parte de quien está llamado a hacerla y c) la repartición de competencias propiamente dicha.

Como quiera que la caracterización del modelo se realiza desde una perspectiva jurídica, resulta determinante la asociación de normas jurídicas a cada uno de los elementos relacionados. Así, para los principios orientadores, se toman como referente el contenido del artículo 288 constitucional, inciso 2º que expresa “las competencias atribuidas a los distintos niveles territoriales serán ejercidas conforme a los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad en los términos que establezca la ley”. Respecto a las reglas de distribución se toman como referente de análisis los artículos 151 constitucional, de acuerdo con el cual “*el Congreso expedirá leyes orgánicas a las cuales estará sujeto el ejercicio de la actividad legislativa. Por medio de ellas se estableceránlas normas..... relativas a la asignación de competencias normativas a las entidades territoriales*” ; 288 constitucional que manifiesta que “*la ley orgánica de ordenamiento territorial establecerá la distribución de competencias entre la Nación y las entidades territoriales*”. Frente a las reparticiones de competencias propiamente dichas, existe una pluralidad de normas ordinarias y, otras de naturaleza orgánica, que las establecen, Para efectos del presente trabajo pueden tomarse como referente las leyes 715 de 2001 y 1176 de 2007, referidas al Sistema General de Participaciones,

¹⁷ FERNANDEZ, Donato, “El Modelo Económico de la UE”. En Revista *ICE- Información Comercial Española*, Enero- febrero 2005 No. 820, p. 3.

El abordaje de estos elementos, por lo menos de los dos primeros, impone la mención a la diferencia que respecto a los mismos, es decir, respecto a principios y reglas, establece Alexy.

El punto decisivo para distinción entre reglas y principios es que los principios son normas que ordenan que se realice algo en la mayor medida posible, en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas. Los principios son, por consiguiente, mandatos de optimización que se caracterizan porque pueden ser cumplidos en diversos grados y porque la medida ordenada de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades fácticas, sino también de las posibilidades jurídicas. El campo de las posibilidades jurídicas está determinado a través de principios y reglas que juegan en sentidos contrarios.

En cambio las reglas son normas que exigen un cumplimiento pleno y, en esta medida, puede ser solo cumplidas o incumplidas. Si una regla es válida, entonces es obligatorio hacer precisamente lo que ordena, ni más ni menos.¹⁸

Pues bien, sin perjuicio de que desde el punto de vista del modelo como “representación teórica de la realidad”, cada uno de los elementos tiene una importancia autónoma, desde el punto de vista del derecho positivo y, en particular, de la intensidad del valor vinculante de cada uno de ellos, puede decirse que el elemento correspondiente a las “*reglas de distribución de competencias*”, posee gran importancia. Su presencia, que constituye el aspecto central del escrito, no puede continuar siendo omitida dentro del ordenamiento jurídico colombiano, justamente porque de las reglas de distribución de competencias se espera un cumplimiento pleno, que se verifica en el marco de la expedición de leyes ordinarias o actos administrativos relativos a la distribución de competencias.

Ahora bien, la explicación del elemento “reglas para la distribución de competencias”, para el caso colombiano, parte de contenido del artículo 288 de la Constitución Política

¹⁸ ALEXY, Robert en “Sistema jurídico, principios jurídicas y razón práctica”, p.p. 5 y 6. Disponible en http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12471730982570739687891/cuaderno5/Doxa5_07.pdf. Fecha de consulta [noviembre 20 de 2009].

de acuerdo con el cual, *“la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial establecerá la distribución de competencias entre la Nación y las entidades territoriales”*. En este sentido, si las leyes orgánicas *“predeterminan el ejercicio de la actividad legislativa, es decir, sirven de fundamento al mismo Congreso para dictar válidamente leyes posteriores”*¹⁹, entonces, dicha ley no solo se limita a distribuir competencias, sino que debe establecer reglas que sirvan de referente al propio legislador para que, a futuro, distribuya competencias entre nación y entidades territoriales.

Es importante anotar que las leyes orgánicas no sólo predeterminan las funciones del legislador sino que se extienden hasta el ejercicio de la función administrativa. En este sentido Santofimio Gamboa²⁰ expresa:

... leyes orgánicas condicionan con su normatividad la actuación administrativa y la expedición de otras leyes sobre la materia de que tratan, es decir, según los dispone la norma constitucional citada (artículo 150), sujetan el ejercicio de la actividad legislativa.

Identificados los elementos del modelo y la ausencia del elemento “reglas de distribución de competencias”, es importante desarrollar el aspecto relativo a los tipos de competencias; los ámbitos competenciales y, las competencias para fijar competencias, todos estos, elementos que pueden servir de guía para efectos del establecimiento de precisa reglas dentro de un ordenamiento jurídico.

1.1.1.2. Tipos de competencias

Siguiendo a Carrasco Durán²¹, las competencias pueden clasificarse desde dos perspectivas: dependiendo de cuál sea la forma de su ejercicio y dependiendo de la manera en que se articula su ejercicio. Respecto a la primera clasificación, se puede decir que hay

¹⁹ HENAO HIDRÓN, Javier, “Panorama del Derecho Constitucional Colombiano”. Editorial Temis. Décima Edición, Bogotá, 1996, p. 235.

²⁰ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando “Tratado de Derecho Administrativo. Tomo I. Universidad Externado de Colombia. Tercera edición. Bogotá, Marzo de 2003, p. 427.

²¹ CARRASCO DURÁN, Manuel, “El reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas sobre la actividad económica”. Generalitat de Catalunya Instituto de Estudios Autonómicos y Federales. Valencia 2005, p. 53 y ss.

competencias exclusivas y hay competencias concurrentes y, y respecto de la segunda puede decirse que hay competencias exclusivas y hay competencias compartidas.

- **Competencias según la forma de su ejercicio.**

De acuerdo con Carrasco Durán, las competencias exclusivas son *“aquellas cuyo titular puede ejercer de forma completamente autónoma, es decir sin la participación de otro ente, y competencias concurrentes, se producen cuando se requiere necesariamente la intervención del Estado y las Comunidades Autónomas en el procedimiento encaminado a determinar el contenido de las actuaciones mediante las cuales las competencias vayan a ser ejercidas”*²²

- **Competencias según la articulación de su ejercicio**

El mismo autor expresa que las competencias serán exclusivas cuando ningún otro órgano diferente al titular de la función tiene la posibilidad de intervenir en la puesta en marcha de las funciones y actuaciones, mientras que en presencia de competencias compartidas, distintos entes territoriales tienen diferentes funciones o pueden llevar a cabo diferentes actuaciones respecto a una misma función o actuación. Así, en la competencia exclusiva, una función o actuación, solo se lleva a cabo mediante el ejercicio exclusivo de una competencia atribuida a un nivel de gobierno, mientras que en la competencia compartida, coexisten varios niveles de gobierno ejerciendo la función o actuación.

Esta clasificación del tipo de competencias no sólo permitirá abordar de manera separada aquellas competencias que desde la propia constitución han sido asignadas a los distintos niveles territoriales (incluyendo la nación), sino que fundamentalmente puede ofrecer un criterio de distribución a la hora de realizar la distribución. En el caso colombiano pareciera que existe una íntima relación entre los principios de concurrencia y coordinación con la tipología descrita.

²² Ibid, p. 53.

1.1.3. Ámbitos competenciales

En el terreno de los ámbitos competenciales se identifican tres: los relativos a la asignación de funciones de gobierno; a la prestación de servicios y a la expedición de normas:

- **Ámbito relativo a la asignación de funciones de gobierno**

Para el abordaje de este asunto, Acosta²³ y otros parten de la división tripartita entre las funciones del gobierno desarrollada inicialmente por Musgrave. En este sentido identifican tres tipos de funciones de gobierno: la de estabilización macroeconómica, la de redistribución del ingreso y la de asignación de recursos. En relación con la primera, los autores definitivamente consideran que debe estar en cabeza del nivel nacional, mientras que la segunda, la referida a la redistribución del ingreso, si bien debe recaer principalmente sobre el nivel nacional, *“el cual debería diseñar y dirigir los sistemas redistributivos”*²⁴, también debería dejar que los gobiernos locales participen directamente en la ejecución, focalizando los beneficiarios y controlando los resultados. En relación con la asignación de recursos, el análisis se aborda desde dos perspectivas: desde la asignación de impuestos entre los diferentes niveles de gobierno y, desde los principios de asignación de gasto en provisión de bienes y servicios públicos. Los autores consideran que respecto lo primero, una distribución óptima frente a la titularidad de los impuestos, es aquella que ubica en cabeza de la nación impuestos con base gravables móviles (impuestos a la renta y ventas), mientras que a los otros niveles territoriales se les deja, de un lado, impuestos con bases gravables inmóviles (impuesto predial) y las tarifas de servicios públicos. El aspecto referido a la asignación del gasto con motivo de la provisión de bienes y servicios se desarrolla a continuación cuando se traza la diferencia entre los bienes que deben ser objeto de provisión dependiendo del nivel de gobierno.

De otro lado Santofimio²⁵, respecto a las formas de acción o actividades de la administración pública, que será distribuida entre los distintos niveles de gobierno, hace

²³ ACOSTA N. , Olga Lucía, FAIMBOIM Y, GUTIERREZ S. Israel, Catalina, (et. al.) “Relaciones fiscales entre el Distrito Especial de Bogotá y la Nación” en Revista Coyuntura Social Numero 18 Mayo de 1998, Fundación para la Educación Superior y el Desarrollo Fedesarrollo. Bogotá, 198, p. 126.

²⁴ Ibid, p. 126.

²⁵ Santofimio, op. cit. p. 38.

una enunciación, que en nuestro criterio se materializaría a través del ejercicio de competencias:

A título simplemente enunciativo, podemos destacar entre las más importantes y trascendentales para el cumplimiento de los cometidos estatales las actividades de policía (seguridad, tranquilidad, salubridad, limitaciones a la libertad), intervención, regulación, control, planificación²⁶, infraestructura, servicios públicos, arbitral, etc.

- **Ámbito competencial referido a la prestación de servicios**

A partir de la teoría del federalismo fiscal, que de acuerdo con Low Murtra y Ramírez Ricardo, se traduce en *“un sector público con dos o más niveles de decisión; que en esencia desarrolla una estructura vertical del sector público y de las interrelaciones que existen entre los diferentes niveles de gobierno, en donde el aspecto central lo constituyen las finanzas pública con un objeto central de estudio: la asignación de funciones y la distribución de instrumentos tributarios y fiscales, Acosta plantea dos fórmulas de asignación de competencias relativas a la provisión de bienes y servicios públicos:*

De esta manera, *“los bienes públicos puros”, es decir aquellos bienes que benefician a toda la población sin posibilidad de excluir de su consumo a quienes no pagan y cuyos beneficios no se pueden limitar geográficamente, deben ser provistos por el Gobierno Nacional”*²⁷. Dentro de tales bienes se señalan la seguridad, la defensa, el manejo del comercio exterior, la regulación, la política monetaria, etc. Por otro lado figuran los denominados “bienes públicos congestionables”, que deberían ser provistos por los gobiernos locales y cuya característica es que generan beneficios exclusivamente locales, tales como el alumbrado público, los parques, la recolección de basuras, servicios de acueducto y alcantarillado, etc.

- **Ámbito competencial normativo**

²⁶ Low Murtra, Enrique y Gómez Ricardo, Jorge. Teoría Fiscal. Universidad Externado de Colombia. Tercera Edición. Bogotá, 1996, p. 410.

²⁷ Acosta, op.cit., p. 130.

De acuerdo con Barrios Suvelza, *“la estructuración territorial se define esencialmente alrededor del hecho de haber cedido o no la potestad legislativa al ámbito subnacional”*²⁸. Este aspecto es trascendental como quiera que si de acuerdo con la opinión más generalizada, la cesión o no de la potestad legislativa es rasgo característico que define la forma de estado, en principio, bajo formas federativas la cesión será común, mientras que bajo formas unitarias la cesión será inexistente. Pues bien, para perfilar la forma de Estado a partir del rasgo, conviene, tal como lo hace Barrios, definir el término “legislación”. Para ello el autor se refiere a condiciones necesarias y suficientes. Las condiciones necesarias estarán referidas a los aspectos formales y materiales, asociados los primeros, al órgano que debe expedir la ley (el legislador) y los segundos a los atributos que la ley debe tener, es decir, su generalidad y abstracción. Los atributos suficientes serán: *“la necesidad de que una norma no sólo está nominalmente bautizada como ley sino que realmente lo es....un segundo elemento que consiste en que tanto las leyes nacionales como las subnacionales gocen de potencia coercitiva por lo que el control que se les aplique no puede diferir, debiendo derivarse de una constitución común....en tercer lugar, las leyes, cualquiera que fuera su escala, deben poder desplazar normas administrativas en sus radios respectivos”*²⁹.

El rasgo característico del Estado colombiano, a pesar de su descentralización y autonomía, es su forma de república unitaria, lo cual debería significar una restricción casi total a la posibilidad de que las entidades territoriales se les asignen competencias normativas referidas a la expedición de leyes. No obstante lo anterior, atendiendo a que, por un aparte, el concepto “normativo” abarca una serie de instituciones diferentes a las leyes propiamente dichas y, por otra parte, a que el artículo 151 constitucional hace referencia a las “competencias normativas” cuando señala el contenido de la ley orgánica de ordenamiento territorial, es importante expresar que dentro de las reglas de distribución de competencias podrían identificarse algunas relativas a la expedición de normas por las entidades territoriales, que se materializan en ordenanzas

²⁸ BARRIOS SUVELZA, Franz Xavier “El lastre cognitivo de par conceptual ‘Unitario vs. Federal’” en *Revista del CLAD Reforma y Democracia* No. 44. Cetro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo. Caracas, julio de 2009.

²⁹ Ibid, p. 88.

departamentales, acuerdos municipales y decretos de gobernadores y alcaldes. Dentro de este tipo de normas es posible mencionar aquellas expedidas con fundamento en los artículos 338, 300 y 313³⁰ de la Constitución Política y, de contenido tributario, mediante las cuales, los departamentos y municipios expiden regulaciones dentro del ámbito de sus jurisdicciones, relativas al establecimiento de tributos y la fijación de algunos elementos de los mismos.

1.1.4. Competencia para fijar competencias

Si un rasgo definitorio de la caracterización de las formas de estado es la competencia para definir competencias, con independencia del órgano elegido para el cumplimiento de la misma, habrá que insistir en que en cualquier caso, el ejercicio de la distribución de competencias debe enmarcarse dentro de los postulados que definen un Estado Social de Derecho, uno de los cuales, en sentido amplio se materializa en el principio de legalidad cuyo objeto, *“consiste en garantizar que la acción de los poderes públicos se desarrolla conforme al reparto constitucional de competencias entre las funciones legislativa y ejecutiva; de ahí su estrecha conexión con el principio de división de poderes”*³¹.

³⁰ ARTICULO 338. En tiempo de paz, solamente el Congreso, las asambleas departamentales y los concejos distritales y municipales podrán imponer contribuciones fiscales o parafiscales. La ley, las ordenanzas y los acuerdos deben fijar, directamente, los sujetos activos y pasivos, los hechos y las bases gravables, y las tarifas de los impuestos.

La ley, las ordenanzas y los acuerdos pueden permitir que las autoridades fijen la tarifa de las tasas y contribuciones que cobren a los contribuyentes, como recuperación de los costos de los servicios que les presten o participación en los beneficios que les proporcionen; pero el sistema y el método para definir tales costos y beneficios, y la forma de hacer su reparto, deben ser fijados por la ley, las ordenanzas o los acuerdos.

Las leyes, ordenanzas o acuerdos que regulen contribuciones en las que la base sea el resultado de hechos ocurridos durante un período determinado, no pueden aplicarse sino a partir del período que comience después de iniciar la vigencia de la respectiva ley, ordenanza o acuerdo.

ARTICULO 300. Corresponde a las Asambleas Departamentales, por medio de ordenanzas:

Decretar, de conformidad con la Ley, los tributos y contribuciones necesarios para el cumplimiento de las funciones departamentales.

ARTICULO 313. Corresponde a los concejos:

4. Votar de conformidad con la Constitución y la ley los tributos y los gastos locales.

³¹ PAREJO, op.cit. P. 67.

De esta manera si de acuerdo con el artículo 288 de la Constitución Política de Colombia, corresponde al Congreso la distribución de competencias entre la Nación y las entidades territoriales, ejercicio que debe llevarse a cabo mediante ley orgánica, lo que podría empezar a perfilarse es una violación del principio de legalidad por parte del legislador, al estar distribuyendo, sin reglas, las competencias entre quienes integran la rama ejecutiva del poder.

Bajo el presupuesto de que la Constitución Política, es norma de normas (artículo 4), la anterior afirmación halla sustento en lo que podría considerarse una inconstitucionalidad por omisión. En efecto, en jurisprudencia de la Corte Constitucional (C-489 de 2012), en la que justamente se analiza el contenido de la LOOT, se expresó que para determinar aquello que es reserva de la LOOT hay que trascender a los enunciados literales de los artículos 150.4, 286, 288, 297, 307, 319, 321 y 329 de la Constitución Política e incorporar, entre otros temas, *“la asignación de competencias normativas y no normativas de las entidades territoriales y la resolución de los conflictos competenciales con la Nación.”*

Sobre dicha omisión, en abstracto, planteó lo siguiente respecto a los casos en que se puede verificar:

Según la jurisprudencia, el legislador incurre en una omisión legislativa principalmente en dos casos: (i) cuando ha regulado de manera insuficiente o incompleta un mandato constitucional (omisión de una condición o un ingrediente que de acuerdo con la Constitución, sería exigencia esencial para armonizar con ella) lo cual conduce a la violación del derecho a la igualdad; y en segundo término (ii) cuando el legislador al regular o construir una institución omite una condición o un ingrediente que, de acuerdo con la Constitución, sería exigencia esencial para armonizar con ella (por ejemplo) si al regular un procedimiento, se pretermite el derecho de defensa.

En relación con los requisitos para que se verifique una inconstitucionalidad por omisión, la Corte hizo la siguiente precisión:

...es necesario que se cumplan determinados requisitos, que se pueden sintetizar de la siguiente manera: (i) que exista una norma sobre la cual se predica; (ii) que una omisión en tal norma excluya de sus consecuencias aquellos casos que, por ser asimilables, deberían subsumirse dentro de su presupuesto fáctico; (iii) que dicha exclusión no obedezca a una razón objetiva y suficiente; (iv) que al carecer de una razón objetiva y suficiente, la omisión produzca una desigualdad injustificada entre los casos que están y los que no están sujetos a las consecuencias previstas por la norma y; (v) que la omisión implique el incumplimiento de un deber constitucional del legislador.

Pues bien, como quiera que en párrafos anteriores se planteó una posible violación del principio de legalidad cuando el legislador ejerce una atribución (fijación de competencias) sin tener reglas orientadores para tal fin, a continuación se propone un ejercicio para determinar la consecuencia jurídica que tal omisión generaría. La consecuencia propuesta en la inconstitucionalidad por omisión de la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial, para lo cual se propone un encuadramiento a los casos y casos y requisitos que por vía de jurisprudencia determinó la Corte Constitucional para declarar una inconstitucionalidad de ese tipo.

Respecto a los casos:

Se verifica una insuficiencia ya que si el mandato para el legislador orgánico es el desarrollo de un marco orgánico para la distribución de competencias entre niveles de gobierno, la ausencia de las reglas a las cuales está sujeta el legislador ordinario para ello es evidente y viola el derecho a la igualdad ante la ley, pues, mientras la entidad territorial obedece la asignación propiamente dicha que se le hace a través de ley ordinaria, el legislador al omitir el desarrollo de las reglas, omite la adecuación plena de la ley ordinaria a la ley orgánica por ausencia de uno de sus elementos.

Por otra parte, si en el marco de una república unitaria, descentralizada y con autonomía de las entidades territoriales, es fundamental para la armonía y existencia de la Nación, una adecuada distribución de competencias, dicha armonía puede verse seriamente afectada si el legislador ordinario no atiende las disposiciones que sobre reglas se le hayan establecido en la correspondiente LOOT.

Respecto a los requisitos

Si se analiza la Ley 1454 de 2011, LOOT, se observa que el Capítulo II, referido a las “Disposiciones en materia de competencias”, a su vez integrado por un sólo artículo, el 28, se limita, por una parte, a enunciar la autonomía de las entidades territoriales, en su expresión administrativa, la cual se encuentra enunciada en los artículos 288, 300 y 315 constitucionales y, por la otra ,a fijar apenas una regla residual de competencias, conforme la cual, lo que no esté atribuido expresamente a los departamentos y a la Nación, será de competencia de los municipios.

La crítica anterior radica en que el legislador ha debido emplearse en la fijación de otras reglas adicionales a la residual y no limitarse simplemente a ésta. La inexistencia de dichas reglas, genera, al menos, la siguientes consecuencias que podrían ser expuestas en un juicio de inconstitucionalidad contra el artículo 28 de la LOOT:

- que no es posible hacer una examen de legalidad de normas distribuidoras de competencias propiamente dichas con la ley orgánica de ordenamiento territorial, a la cual le debe consistencia y adecuación;
- que no existe ninguna justificación para tal omisión;
- que tal omisión puede lesionar la descentralización y autonomía de las entidades territoriales al dejar al legislador ordinario de turno llevar a cabo una función tan sensible al ordenamiento jurídico basado simplemente es su discreción y;
- que dicha omisión no se compadece con el contenido propio de la ley orgánica de ordenamiento territorial en la que deberían incorporarse las reglas de distribución de competencias.

Hasta aquí se han identificado algunos criterios guía que podrían servir al legislador orgánico al momento de completar el modelo de distribución de competencias, con el elemento “reglas de distribución de competencias”.

Ahora bien, a la hora de advertir el contenido de la LOOT y en particular de las reglas de distribución de competencias que aquella debería ofrecer, no basta la identificación de los criterios anteriormente desarrollados, pues, el legislador orgánico y el gobierno en cualquiera de sus diferentes niveles territoriales, debe fundamentalmente tomar el contenido de otro tipo de normas, tal como se desarrolla enseguida.

1.2. Fuentes normativas para la fijación de competencias

A continuación y desde una perspectiva crítica se examina el desarrollo que a nivel constitucional, orgánico y legal – ordinario ha tenido la distribución de competencias en el ordenamiento jurídico colombiano. Con este ejercicio se pretende evidenciar que el papel que la Constitución Política, las leyes ordinarias y las leyes orgánicas cumplen dentro del modelo de distribución de competencias.

1.2.1. La Constitución Política

Como ya se ha anotado en otra parte del escrito, los artículos 151 y 288 de la Constitución Política hacen referencia a la ley orgánica de ordenamiento territorial. Por supuesto, la fijación de competencias y reglas que para el efecto deben seguirse parten del reconocimiento de la forma de Estado que eligió el constituyente. Con base en ello puede tenerse un referente claro. No obstante lo anterior, el ejercicio antes que pacífico puede resultar bien controversial. Hernández Becerra³² lo plantea de la siguiente manera:

La forma de Estado adolece, en la normatividad constitucional, de un cierto grado de indeterminación, y no es por casualidad, accidente o deficiencia de técnica legislativa. Debido a que no fue posible llegar a una fórmula de consenso, los constituyentes se vieron precisados a aplazar algunas decisiones. Incapaces por la premura del tiempo y por la proliferación de iniciativas, de acordar una fórmula definitiva de organización territorial, lo más razonable habría sido quizá adoptar un articulado general y mínimo. Sin embargo, optaron por una suerte de cortesía

³² HERNANDEZ BECERRA, Augusto, “Ordenamiento y desarreglo territorial en Colombia”, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahíta. Universidad externado de Colombia. Primera Edición. Bogotá, 2001, p. 137.

constitucional que permitió a todas las propuestas encontrar refugio en uno u otro artículo de la Carta.

Hernández Becerra fundamenta su calificación en la evidencia de que Colombia es una República unitaria, pero, también descentralizada y con autonomía de sus entidades territoriales, tal como lo refiere el artículo 1º. constitucional.

Pues bien como quiera que la “fórmula definitiva de organización territorial” está en manos del legislador cuando decide expedir normas orgánicas de ordenamiento territorial, y cuando decide expedir normas ordinarias asignando competencias, es preciso reconocer que paradójicamente la Constitución Política es poco lo que ofrece para tener como referente en el ejercicio de distribución de competencias.

1.2.2. Las normas orgánicas de distribución de competencias. Contenido

Es necesario insistir que si bien las reglas para la distribución de competencias deben hacer parte de la ley orgánica de ordenamiento territorial, el carácter incompleto del modelo de distribución de competencias se da, a pesar de la existencia formal de una ley orgánica de ordenamiento territorial (Ley 1454 de 2011) y de otro tipo de normas con dicha jerarquía³³, por la inexistencia de reglas para la distribución de competencias, excepción hecha de la imposibilidad de descentralizar funciones sin los recursos financieros para acometerlas y la competencia residual del municipio ante la inexistencia de norma expresa que se le asigne a la Nación o al Departamento.

³³ Es importante anotar que la Corte Constitucional en Sentencia C-489 de 2012 expresó lo siguiente respecto al tema: *“igualmente se ha establecido que las leyes orgánicas de ordenamiento territorial no tienen que estar contenidas en un documento único y por ende se debe hablar de “legislación orgánica de ordenamiento territorial” porque la legislación puede ser múltiple y desarrollarse no en una única ley sino en varias leyes orgánicas. De otra parte, se ha señalado que una misma ley puede contener materias de ley orgánica y materias de ley ordinaria siempre que éstas guarden una conexidad temática razonable. Finalmente, se ha dispuesto en materia de reserva de ley orgánica de ordenamiento territorial, que cuando existe duda entre si una materia territorial debe tramitarse por ley orgánica o por ley ordinaria “la duda debe resolverse a favor de la adopción por el legislador ordinario”, ya que (i) existe una cláusula general de competencia a favor del legislador y (ii) las limitaciones propias de las leyes orgánicas constituyen una restricción al proceso democrático.* De hecho, adicional a la Ley 1454 de 2011, las siguientes leyes también contienen normas orgánicas de ordenamiento territorial y en particular referidas a la asignación de competencias: leyes; 715 de 2001, 1003 de 2005, 1176 de 2007, 1294 de 2009 y 1625 de 2013.

De acuerdo con la Corte Constitucional *“el contenido general de la legislación orgánica territorial sigue siendo parcialmente indeterminado, por lo cual el alcance de la reserva orgánica en este campo puede generar, en casos específicos, algunas discusiones interpretativas. En tales circunstancias, y teniendo en cuenta la libertad de configuración del Congreso, es admisible que, dentro de ciertos límites, la propia legislación orgánica defina su alcance en relación con el ordenamiento territorial”*³⁴.

Como quiera que la Corte expresa que el contenido de la ley orgánica de ordenamiento territorial es “parcialmente indeterminado”, la impresión es que la determinación o definición a la que por oposición se refiere la Corte, en la sentencia en cita, es una de carácter general, y que expresa así:

Sin embargo, como es obvio, esa definición está sujeta a un control del juez constitucional, puesto que no puede un órgano constituido -como el Legislador- autoatribuirse integralmente su competencia ya que, si ello fuera posible, dejaría de estar sujeto a la Constitución. Por ello, corresponde a la Corte efectuar en este campo un control de límites mediante una interpretación sistemática del alcance de la reserva de ley orgánica, a fin de que las definiciones legales no contraríen el reparto de competencias entre la ley ordinaria y la ley orgánica.

De lo planteado por la Corte se resalta que el legislador cuando expide la ley orgánica no debería fijar en ella, competencias propiamente dichas sino reglas para el ejercicio de tal función cuando expide leyes ordinarias referidas a la distribución precisa de competencias. Y es que si la ley orgánica sirve de marco de referencia en determinada materia para el ejercicio normativo del legislador ordinario, todo indica que éste, el legislador ordinario, limita su función en esta materia a la fijación de aquellas, pero, atendiendo las reglas que haya establecido el legislador orgánico.

³⁴ REPÚBLICA DE COLOMBIA, Corte Constitucional, Sentencia C – 600ª de 1995, Magistrado Ponente, Alejandro Martínez Caballero. Considerando 4.

1.2.3. Las leyes ordinarias

Puede decirse que sin perjuicio de las precisas competencias que establece la Constitución Política, la distribución de competencias propiamente debería llevarse a cabo mediante leyes ordinarias. Dicho ejercicio debería partir de los principios que se han determinado para el efecto y las reglas que se pudieran determinar a futuro.

Sin perjuicio de lo anterior, lo que se observa dentro del ordenamiento jurídico colombiano es que las leyes ordinarias, en términos del modelo de distribución de competencias propuesto, no sólo se restringe a la distribución de competencias propiamente dicha, sino que también, relaciona y desarrolla principios que le sirven también al ejercicio de las mismas.

De esta manera, las leyes ordinarias que hacen parte del modelo también contienen principios, lo cual no deja de ser una práctica legislativa cuestionable bajo el supuesto de el legislador ordinario puede al momento de expedir leyes ordinarias, modificar a su vez los principios que él mismo se ha establecido mediante ley ordinaria. Un ejemplo de esto último es la definición que la Ley 136 de 1994 hace de los principios de concurrencia, subsidiariedad y coordinación³⁵.

Ahora bien, sin perjuicio de que la existencia de principios dentro de leyes ordinarias, carecería de valor vinculante al propio legislador para distribuir a futuro competencias entre niveles territoriales, no significa que los mismos no puedan servir para la ejecución de las competencias propiamente dichas por parte de los diferentes niveles de gobierno. Es importante aclarar que hoy día el artículo 27 de la LOOT identifica los principios que rigen el ejercicio de competencias.

Como quiera que anteriormente se ha enunciado la insuficiencia del modelo de distribución de competencias dentro del ordenamiento jurídico colombiano y sus posibles efectos dentro en la descentralización y autonomía de las entidades territoriales, es importante identificar un ámbito particular normativo dentro del cual dichos efectos se

³⁵ TORRES ALZATE, Hernán, "Compendio de normas que rigen la gestión municipal", Biblioteca Jurídica Dike y Bancafe. Primera Edición, Bogotá, 2004, p. 56.

estarían produciendo. Para tal efecto, dicho ámbito es el referido al Sistema General de Participaciones y, en particular el dispuesto para el control que respecto a los recursos del mismo se ha establecido en el ordenamiento jurídico colombiano.

1.3. El Sistema General de Participaciones, normas reguladoras del sector de agua potable y saneamiento básico y estrategia de control sobre el uso de recursos del sistema para su financiación

A continuación se realiza una descripción normativa del Sistema General de Participaciones y en particular de uno de sus elementos, la estrategia de monitoreo seguimiento y control de los recursos financieros del mismo, ejercicio que, como ya se ha dicho, servirá de referente al momento de dimensionar el impacto que tiene la omisión del elemento regla de distribución de competencias. Dicha descripción se completa con el desarrollo de normas del sector, pero, desde la óptica particular de la prestación del servicio propiamente dicho y el control que sobre tal ámbito ejerce la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios a través de la institución de la descertificación de municipios.

1.3.1. El Sistema General de Participaciones

1.3.1.1 Marco Constitucional y Orgánico

El Título XII referido al Régimen económico y de la hacienda pública, en el capítulo IV relativo a la distribución de competencias, desarrolla el Sistema General de Participaciones que de acuerdo con el Departamento Nacional de Planeación *“corresponde a los recursos que la Nación transfiere, por mandato de los artículos 356 y 357 de la Constitución Política reformados por los Actos Legislativos 01 de 2001 y 04 de 2007), a las entidades territoriales – departamentos, distritos y municipios, para la financiación de los servicios a su cargo, en salud, educación, agua potable y saneamiento básico y los definidos por las Leyes 715 de 2001, 1122 y 1176 de 2007”*³⁶

³⁶ REPÚBLICA DE COLOMBIA. “Orientaciones para la programación y ejecución de los recursos del sistema general de participaciones SGP 2009”. Departamento Nacional de Planeación, Bogotá, 2009, p.

Dicho sistema estaba compuesto, hasta la expedición del acto legislativo 04 de 2007 por los siguientes elementos contenidos en normas jurídicas: recursos del sistema; asignaciones; calendario de giros; entidades responsables del giro de recursos, distribución y destinación de las asignaciones. Con la expedición del acto legislativo 04 de 2007 se estableció un elemento adicional al sistema: el referido al monitoreo, seguimiento y control de los recursos del sistema. Dicho acto legislativo otorgó al gobierno nacional la función de desarrollar la estrategia de monitoreo, seguimiento y control de los recursos del sistema.

El acto legislativo 04 de 2007 en el artículo correspondiente expresa:

Artículo 3°. Adiciónense al artículo [356](#) de la Constitución Política los siguientes incisos:

El Gobierno Nacional definirá una estrategia de monitoreo, seguimiento y control integral al gasto ejecutado por las entidades territoriales con recursos del Sistema General de Participaciones, para asegurar el cumplimiento de metas de cobertura y calidad. Esta estrategia deberá fortalecer los espacios para la participación ciudadana en el control social y en los procesos de rendición de cuentas.

Para dar aplicación y cumplimiento a lo dispuesto en el inciso anterior, el Gobierno Nacional, en un término no mayor a seis (6) meses contados a partir de la expedición del presente acto legislativo, regulará, entre otros aspectos, lo pertinente para definir los eventos en los cuales está en riesgo la prestación adecuada de los servicios a cargo de las entidades territoriales, las medidas que puede adoptar para evitar tal situación y la determinación efectiva de los correctivos necesarios a que haya lugar.

1.3.1.2. Decreto 028 de 2008

El Decreto 028 de 2008 constituye la materialización del mandato del Acto Legislativo 04 de 2007, pues mediante él se desarrolló una estrategia de monitoreo, seguimiento y control integral al gasto ejecutado por las entidades territoriales con recursos del Sistema General de Participaciones.

Naturaleza jurídica del Decreto 028 de 2008

Inicialmente la Corte Constitucional calificó el decreto 028 de 2008 con un contenido material de ley³⁷ al decir: *“el Decreto 28 de 2008, ‘por medio del cual se define la estrategia de monitoreo, seguimiento y control integral al gasto que se realice con recursos del Sistema General de Participaciones’, constituye una norma con fuerza material de ley.”*

Posteriormente el Consejo de Estado, mediante auto del 5 de marzo de 2009³⁸, no sólo admitió una demanda de nulidad contra el Decreto 028 de 2008 sino que también ordenó la suspensión del artículo 5 del mismo con lo cual calificó implícitamente tal norma como acto administrativo.

Finalmente, mediante decisión del 8 de abril de 2010 dentro del expediente ya citado, el Consejo de Estado decidió reponer el auto mediante el cual admitió la demanda y ordenó la suspensión provisional del decreto mencionado, con lo que quedó resuelta la discusión en torno a la naturaleza jurídica de dicha norma. Así las cosas, ahora resulta claro que el Decreto 028 de 2008 es una decreto con fuerza de ley.

Contenido del Decreto 028 de 2008

El Decreto 028 de 2008 estableció medidas de control preventivo y correctivo para ser aplicables a las entidades territoriales que con sus acciones u omisiones pusieran en riesgo los recursos con las que se financia la prestación de los servicios integrantes del Sistema General de Participaciones.

La novedad del Decreto 028 y con él de la estrategia de control sobre los recursos, estriba en el ámbito temporal para el ejercicio del control el cual se ejerce de manera simultánea con el ejercicio de competencias. Debe recordarse que la norma general de competencias asigna a la Contraloría General de la República la vigilancia de la gestión

³⁷ REPÚBLICA DE COLOMBIA, Corte Constitucional, Sentencia C – 1154 de 2008, Magistrado Ponente Calar Inés Vargas Hernández.

³⁸ Proferido dentro de la acción de nulidad contra el Decreto 028 de 2008, Expediente 2008-00-457-00. Sección Primera Consejo de Estado.

fiscal de la administración respecto al manejo de bienes o fondos de la nación (artículos 119 y 267 de la C.P.), dicho control, se hace de manera posterior y selectiva.

De esta manera ante la inexistencia de un control concomitante con la ejecución de los recursos del SGP, además especializado e integral del, esto es, que tenga como sujetos de control a todas las entidades territoriales como administradoras de los mismos recursos, el Decreto 028 de 2008 comportaría un gran avance en el control administrativo respecto al uso de tales recursos, lo cual debería redundar en la mejora en la prestación de servicios financiada con cargo a aquellos.

Dentro de las medias correctivas llama la atención aquella referida a la asunción temporal de competencias por parte del nivel superior de gobierno ante la evidencia de eventos de riesgo para los recursos del SGP o la inadecuada prestación de servicios financiables con cargo a tal fuente financiera, medida que será desarrollada de manera precisa en líneas siguientes.

La asunción temporal de competencias por parte de niveles superiores de gobierno

La estrategia de Monitoreo, Seguimiento y Control diseñada por el Decreto 028 de 2008 estableció medidas preventivas y correctivas para imponer a los municipios que incurran en los eventos de riesgo listados en el artículo 9 de la norma en mención.

Las medidas correctivas se pueden aplicar directamente en caso que se considere la existencia de un evento de riesgo que amenace en gran medida la prestación del servicio, o subsidiariamente ante el incumplimiento de la medida preventiva denominada plan de desempeño. Dentro de las medidas correctivas se encuentra la asunción temporal de competencia que está definida por el artículo 13 del Decreto 028 en los siguientes términos:

Artículo 13. Asunción temporal de competencia. En el evento en que el municipio incumpla el plan de desempeño con los ajustes a que se refiere el artículo 12 del presente decreto, la competencia para asegurar la prestación del servicio la

asumirá temporalmente el departamento, y en el caso de los departamentos o distritos, la Nación.

Conforme el artículo transcrito, la asunción temporal de competencias significa entre otros aspectos que el nivel superior de gobierno ejerce las atribuciones presupuestales, de ordenación de gasto, competencia contractual y nominación del personal en relación con los recursos del Sistema General de Participaciones asignados para la financiación del correspondiente sector.

Los efectos de la asunción temporal de la competencia para los municipios significan: a) la pérdida de competencias en el sector, las cuales ejercerá el administrador temporal, quien puede ser la nación o el departamento y, b) la pérdida de la administración del recurso del SGP. El plazo máximo para la asunción de competencias es de cinco años. La alta importancia y trascendencia de un desplazamiento de las competencias de un nivel territorial de gobierno hacia otro superior, las posibles reacciones que tal situación pudiera tener, exigió del Presidente, en ejercicio de la potestad reglamentaria, la expedición de un decreto reglamentario, el 2623 de 2009, que aclara los alcances de la medida de control referida a la asunción temporal de competencias.

Decreto 2613 de 2009

El artículo 13 del Decreto 028 de 2008, referido a la asunción temporal de competencias, fue reglamentado por el Decreto 2613 de 2009. Dicha reglamentación era imprescindible debido a que la sensibilidad del tema, es decir, el desplazamiento temporal de la competencia de un nivel territorial de gobierno a otro, exigía la precisión de los órganos de la entidad territorial afectados con la medida, lo mismo que los alcances de tales medidas.

En particular se precisaron aspectos referidos a que tanto la corporación administrativa como el jefe de la administración territorial, perdían la totalidad de la competencia en los siguientes aspectos asociados a los recursos del SGP: en materia de programación, ejecución presupuestal y ordenación del gasto; en la administración de personal; en la celebración de contratos financiados con cargo al SGP. Igualmente se expuso que *la asunción temporal de la competencia por parte de la Nación o el departamento, según el caso, no implica solidaridad alguna respecto a las obligaciones a cargo de la entidad*

sobre la que recae la medida correctiva, existentes o causadas con anterioridad o con posterioridad a la adopción de la medida, y generadas en el correspondiente sector o servicio. Finamente se manifestó que la representación judicial estaría a cargo de la entidad que asuma la competencia, pero respecto a hechos u omisiones generados con ocasión de la medida, aunque excepcionalmente y a su discreción podría coadyuvar en contenciones frente a hechos anteriores a la misma.

Pues bien, bajo el supuesto de que el Decreto 028 es una norma con contenido material de ley, que ha sido objeto de reglamentación³⁹, vale la pena su examen a la luz del modelo de distribución de competencias, para, a partir del reconocimiento de lo insuficiente e incompleto de este, evidenciar la necesidad de las reglas que podrán servir para la aplicación de una estrategia (la de monitoreo seguimiento y control de los recurso del Sistema General de Participaciones) con criterio de sistema.

1.3.2. Regulación del sector de agua potable y saneamiento básico

1.3.2.1. Normas Constitucionales

La Constitución Política y las normas que la desarrollaron, crearon una nueva estructura del sector de agua potable y saneamiento básico y la prestación de los servicios asociados a este, en el marco de la descentralización. Así, el nuevo orden constitucional no considera necesario el monopolio estatal para los servicios públicos domiciliarios permitiendo la participación privada en dicha actividad y estableciendo indemnización previa a las personas que queden privadas del ejercicio de dicha actividad cuando el Estado decida reservarse las actividades estratégicas de los servicios públicos⁴⁰.

La Constitución Política⁴¹ entregó al Presidente de la República el establecimiento de las políticas generales de administración y control de los servicios públicos domiciliarios y la

³⁹ Ver decretos 2911 de 2008, 168 de 2009, 2613 de 2009.

⁴⁰ Constitución Política de Colombia. Capítulo V. De la finalidad social del Estado y de los servicios públicos. Artículo 365.

⁴¹ Ibid. Artículo 370.

capacidad de realizar control, inspección y vigilancia, a través de una Superintendencia especializada, a los correspondientes prestadores de dichos servicios.

1.3.2.2. Normas legales

Contenido general de la Ley 142 de 1994

La Ley 142 de 1994, Ley de Servicios Públicos Domiciliarios – LSPD, creó el nuevo régimen de los servicios públicos domiciliarios permitiendo la prestación de los servicios al Estado, a las comunidades organizadas y a los particulares. La LSPD mantuvo la regulación, el control y la vigilancia de los servicios públicos en cabeza del Estado. No consagró el monopolio estatal y creó la figura de invitación pública a los prestadores por parte de los alcaldes municipales.

La Ley 142 de 1994 estableció la libertad de competencia y la no utilización de la posición dominante por parte de los prestadores de los servicios públicos domiciliarios, los cuales están sometidos al marco constitucional y legal que les estableció reglas para la prestación y metodologías tarifarias para la fijación del precio.

La LSPD ordenó adicionalmente que todas las entidades de servicios públicos se convirtieran en sociedades anónimas con la posibilidad de ser de carácter municipal, privadas o mixtas. Ordenó también la creación de la Comisión Reguladora de Agua Potable y Saneamiento Básico (CRA). El marco normativo se completó con la Ley 715 de 2001 que derogó la Ley 60 de 1993 y creó el Sistema General de Participaciones (SGP), el cual determinó la distribución de los recursos de las transferencias del Gobierno Nacional a las entidades territoriales⁴².

En 1998 se creó el Ministerio de Desarrollo Económico, al que entre otras funciones se le encargó el desarrollo de los Planes de Mejoramiento Empresarial (PME) aplicados al sector de Agua Potable y Saneamiento Básico. Estos PME se enfocaron especialmente

⁴² *Implementation completion and results report*. Document of The World Bank. April 28, 2011.

en los municipios de la Costa Caribe por los bajos indicadores de cobertura y calidad y las evidentes debilidades institucionales.

Los PME consistían en el financiamiento de obras de infraestructura del sector para facilitar la operación de empresas privadas que en asocio con la Nación deberían mejorar la calidad, ampliar la cobertura y garantizar continuidad del servicio de agua potable y alcantarillado actuando como operadores con financiamiento o como constructores operadores.

1.3.2.3. Creación y evolución del Sistema General de Participaciones

En relación con la creación y evolución normativa del Sistema General de Participaciones es posible identificar los siguientes momentos asociados, por lo general a la expedición de normas referidas al SGP.

- El Acto Legislativo 01 y la Ley 715 de 2001 crean el Sistema General de Participaciones, a través del cual el Gobierno Nacional entregaría transferencias a las entidades territoriales para atender las competencias que les fueron asignadas en los sectores de salud, educación y propósito general (dentro del cual se encontraba el sector agua potable y saneamiento básico).
- En el año 2002 el Ministerio de desarrollo Económico se fusionó con el Ministerio del Medio Ambiente para formar el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial - MAVDT. En el año 2006 se creó el primer viceministerio de agua potable y saneamiento básico al interior del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, que se encargó de desarrollar la política sectorial y de continuar con la implementación de los PME en el país.
- Antes de la expedición del acto legislativo 04, no existía dentro de las normas constitucionales del SGP un componente autónomo de agua potable y saneamiento básico. La presencia de dicho componente dentro del ordenamiento jurídico colombiano sólo se podía verificar dentro del “propósito general”, y particularmente desarrollado en los artículos 76 y siguientes de la Ley 715 de 2001. Con ocasión de

la expedición de la 1176 de 2007, se establecen las competencias departamentales y municipales del componente o sector de agua, así como el uso de los recursos para el mismo y, se crea la certificación en agua potable y saneamiento básico para los distritos y municipios. De esta manera, mediante la Ley 1176 de 2007 se desarrolla normativa e integralmente el componente de agua potable y saneamiento básico y, se fijan instrumentos para su control.

- El Acto Legislativo 04 de 2007 ordena al Gobierno Nacional establecer una estrategia de monitoreo, seguimiento y control al uso de los recursos del SGP.
- En el año 2008 se promulga el Decreto 028, una norma con fuerza de ley que establece la estrategia de Monitoreo, Seguimiento y Control al uso de los recursos del SGP en las bolsas de salud, educación, propósito general y agua potable y saneamiento básico, entregando la competencia del monitoreo a los ministerios sectoriales y la del propósito general al Departamento Nacional de Planeación – DNP. Las competencias del Seguimiento y control son entregadas a la Unidad Especial de Monitoreo, Seguimiento y Control – UEMSC creada por el mismo Decreto al interior del DNP.
- El Decreto 028 de 2008 fue modificado en el año 2009 por el Decreto 791, mediante el cual se liquida la UEMSC que se había creado al interior del DNP y esas competencias se trasladan al Ministerio de Hacienda y Crédito Público que las asigna a su Dirección General de Apoyo Fiscal. El MAVDT quedó con las competencias de monitoreo seguimiento y control al uso de los recursos del SGP para la participación del sector de agua potable y saneamiento básico.
- En el año 2011 aparece la Ley 1444 mediante la cual se escinden las competencias de desarrollo territorial y agua potable y saneamiento básico al Ministerio de Ambiente y se crea el Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio - MVCT para que las ejerza. Por medio del Decreto 3571 del 27 de septiembre de 2011 se crea al interior del MVCT el Viceministerio de Agua y Saneamiento básico, así como el Viceministerio de Vivienda.

- Ante las dudas existentes respecto a si la competencia para ejecutar el monitoreo seguimiento y control correspondía al ministerio sectorial – MVCT o al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, la Ley 1450 de 2011⁴³ distribuye nuevamente las competencias del sector de agua potable y saneamiento básico respecto de la estrategia establecida en el Decreto 028 de 2008, asignando como competente para el monitoreo al nuevo Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio, y como competente para el seguimiento y control al uso y destinación de los recursos del sector de agua potable y saneamiento básico al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, quien las delega en su Dirección General de Apoyo Fiscal.

La distribución de algunas competencias del SGP entre niveles territoriales de gobierno

En seguida, tomando como referente lo que al respecto expresa el Departamento Nacional de Planeación, se precisan, de manera separada las competencias de los diferentes niveles de gobierno en el sector de agua potable y saneamiento básico.

Nación

En la actualidad, *“el nivel nacional tiene competencia para la regulación, el establecimiento y ejecución de política, el cálculo y giro de recursos del Sistema General de Participaciones, la determinación de las características del agua potable, la inspección, vigilancia, monitoreo, seguimiento y control al uso de los recursos”*⁴⁴

Departamento

“En el nivel departamental concurren competencias de Corporaciones Autónomas regionales en el ámbito ambiental regulando y controlando la captación de agua y el

⁴³ Plan Nacional de Desarrollo. Ley 1450 de 2011. Artículo 20.

⁴⁴ *Guía para la ejecución, monitoreo, seguimiento y control a los recursos del Sistema General de Participaciones. Dirección General de Apoyo Fiscal. Ministerio de Hacienda y Crédito Público. página 48. Bogotá, octubre de 2013.*

vertimiento de residuos; los Departamentos son competentes para asesorar técnicamente a los Municipios, para administrar sus recursos y asumir sus competencias en caso de descertificación y para diseñar y ejecutar planes regionales tendientes a la optimización de la prestación de los servicios.⁴⁵

El municipio

“En el nivel local son muy importantes las competencias del Municipio, quien tiene la obligación de garantizar la prestación de los servicios y en caso de asignar subsidios, tiene la obligación de aplicar los mecanismos de búsqueda del equilibrio entre el valor de los subsidios asignados y los recursos disponibles para su financiación.⁴⁶”

Lo que se observa, de manera general, como característica de las competencias asignadas a cada uno de los niveles de gobierno es que la regulación y el control se le asigna a la Nación, la asesoría y apoyo al Departamento y la ejecución a los municipios.

De hecho en relación con el control y la vigilancia nivel nacional el sector de agua potable y saneamiento básico está integrado por el Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio - MVCT, la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios - SSPD, y la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico – CRA. Como áreas de apoyo hacen parte de esa estructura el Departamento Nacional de Planeación – DNP, el Instituto Nacional de Salud – INS, las Corporaciones Autónomas Regionales – CRA’s, y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público- MHCP.

1.3.2.4. Las etapas de la prestación de los servicios de agua potable y saneamiento básico

De acuerdo con el Ministerio de Hacienda y Crédito Público,⁴⁷ las etapas generales necesarias para garantizar la prestación de los servicios correspondientes al sector de agua potable y saneamiento básico corresponden a: a) la inversión en infraestructura

⁴⁵ Ibid.

⁴⁶ Ibid.

⁴⁷ Ibid. Páginas 46 y 47.

instalada; b) la determinación o establecimiento de la tarifa; c) la prestación de los servicios; d) el consumo de los servicios; e) la facturación de los servicios prestados; f) el recaudo del pago; g) el cobro de los subsidios que no se alcanzan a financiar con los aportes y; h) la inversión en reposición y mantenimiento.

La inversión en infraestructura instalada la pueden realizar los organismos de los tres niveles de gobierno, la Nación, los departamentos, los distritos y municipios, siempre que dicha inversión no corresponda a infraestructura que esté financiada con los recursos que se recaudan producto de la aplicación de la tarifa. Es decir que los costos generados en dichas inversiones no hagan parte de la estructura de precios del prestador de los servicios beneficiado con la infraestructura a instalar.

La determinación de la tarifa está a cargo del correspondiente prestador del servicio público domiciliario, quien tendrá que atender la metodología tarifaria establecida por la CRA para efectos de construir un precio que le permita prestar el servicio debidamente financiado, teniendo en cuenta que con el precio se deben recuperar los costos medios generados por las actividades de administración, operación, inversión y pagos tributarios de la captación del agua.

La prestación de los servicios está a cargo de los operadores especializados que pueden ser personas jurídicas públicas o privadas, asociaciones comunitarias o residualmente el distrito o municipio cuando con ocasión del agotamiento del artículo 6 de la Ley 142 de 1994 no se presentan prestadores interesados en cumplir con dicha función en el ente territorial.

El consumo de los servicios está a cargo de los suscriptores de cada uno de los operadores de cada servicio. La Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios – SSPD se encarga de la vigilancia y control de la prestación de los servicios del sector. Respecto al servicio de acueducto, la calidad del agua es controlada por las correspondientes secretarías de salud municipal. Los departamentos deben encargarse de la medición de la calidad del agua en los municipios de tercera a sexta categoría y para el resto de distritos y municipios dicha competencia está a cargo de las correspondientes secretarías de salud distritales o municipales. El Instituto Nacional de Salud se encarga de coordinar a los laboratorios que miden la calidad del agua.

La facturación y el recaudo están a cargo de cada uno de los operadores o prestadores de los servicios públicos domiciliarios, teniendo en cuenta que deberán adicionar el aporte a los predios de uso industrial y comercial, así como a los predios de uso residencial ubicados en los estratos cinco y seis. También deberá realizar el descuento correspondiente a los subsidios para los predios residenciales ubicados en los estratos uno, dos y tres.

El cobro de los subsidios está a cargo de cada uno de los operadores, quienes después de aplicar los aportes recaudados al pago de los subsidios descontados en las facturas de los estratos subsidiables, deberán determinar el faltante o déficit por subsidios y pasar una cuenta de cobro al municipio para que éste pague el déficit con los recursos del Sistema General de Participaciones correspondientes a agua potable y saneamiento básico y en caso de no ser suficientes dichos recursos, deberán pagar con recursos del presupuesto del municipio. Esta financiación ha sido previamente balanceada de tal forma que el equilibrio entre fuentes de pago y subsidios asignados debe estar presupuestalmente garantizado en cada vigencia.

La inversión en reposición y mantenimiento la puede realizar el municipio con los recursos del Sistema General de Participaciones, siempre que dicha inversión no haga parte de los costos estimados para la determinación de la tarifa.

Como se observa, la financiación de la prestación de los servicios de acueducto, alcantarillado y aseo está a cargo del Estado a través de los recursos propios de los entes territoriales y de los recursos asignados mediante la partición de agua potable y saneamiento básico del Sistema General de Participaciones – SGP APSB. Otro componente de la financiación son los aportes solidarios cobrados por los prestadores a los usuarios de predios residenciales de los estratos cinco y seis, así como a los usuarios de predios utilizados como industriales y comerciales. Estos recursos, que son un

impuesto⁴⁸, tienen como destinación específica el pago de los subsidios reconocidos a los usuarios de los predios residenciales de los estratos uno, dos y tres.

Otra fuente de financiación del sector son los Costos Medios de Inversión –CMI que se recaudan como un componente de la tarifa por parte de los prestadores especializados de los servicios públicos domiciliarios. Estos recursos deben ser destinados de conformidad con la estructura tarifaria a mantenimiento y reposición de infraestructura principalmente.

1.3.2.5. Destinación de recursos del SGP del sector de agua potable y saneamiento básico

Como ya se mencionó antes, la participación para agua potable y saneamiento básico del Sistema General de Participaciones fue creada por el acto legislativo 04 de 2007 y reglamentada por la Ley 1176 de 2007 en los artículos 10 y 11. A continuación se señalan las habilitaciones y restricciones que tienen departamentos y municipios respecto a la destinación de recursos que les son asignados dentro del componente de APSB.

Destinación para los departamentos

Los departamentos sólo pueden ejecutar los recursos asignados dentro de los planes departamentales de agua que para el efecto se establezcan y a los cuales pueden adherir los municipios que lo integren, los cuales sólo pueden destinarse hacia la promoción, estructuración, implementación e inversión en infraestructura de esquemas regionales de prestación de los servicios, de acuerdo con los planes regionales y/o departamentales de agua y saneamiento; Proyectos regionales de abastecimiento de agua para consumo humano; Proyectos de tratamiento y disposición final de residuos líquidos con impacto regional; Proyectos de tratamiento, aprovechamiento y disposición final de residuos sólidos con impacto regional; Pago del servicio de deuda adquirida por el departamento para financiar infraestructura del sector de agua potable y saneamiento

⁴⁸ Ley 142 de 1994 en su artículo 89.6 y Sentencia C-086 de 1998. “La Corte encontró que esta llamada contribución es en realidad, un impuesto del orden nacional, con una destinación específica”.

básico, en cumplimiento de sus competencias, en el marco del Plan Departamental de Agua y Saneamiento.

De esta forma, los departamentos pueden destinar los recursos de la participación para agua potable y saneamiento básico del Sistema General de participaciones a la inversión en proyectos con impacto regional, al pago del servicio de la deuda adquirida en el marco de proyectos de inversión regional y a la indemnización de personal de las Empresas de Servicios Públicos domiciliarios liquidadas con ocasión de la vinculación a los Planes Departamentales de Aguas que son también proyectos de impacto regional.

Destinación para los municipios

Los municipios pueden destinar estos mismos recursos del SGP-APSB al pago de los subsidios que otorguen a los estratos subsidiables; al pago del servicio de la deuda originado en el financiamiento de proyectos del sector de agua potable y saneamiento básico, mediante la pignoración de los recursos asignados; al pago de diseños, estudios e interventorías para proyectos del sector; a la formulación, implantación y acciones de fortalecimiento de esquemas organizacionales para la administración y operación de los servicios del sector; a la construcción, ampliación, optimización y mejoramiento de los sistemas de acueducto y alcantarillado, e inversión para la prestación del servicio público de aseo; a la financiación de programas de macro y micromedición; al pago de programas de reducción de agua no contabilizada; a la adquisición de los equipos requeridos para la operación de los sistemas; y a la participación en esquemas regionales de prestación de servicios del sector.

1.3.2.6. La Descertificación de municipios en el sector de agua potable y saneamiento básico

La realización de las actividades vinculadas con la prestación de los servicios públicos domiciliarios requiere de un esquema de planeación financiera que está regulado desde el Gobierno Nacional y que los distritos y municipios descuidan frecuentemente en su aplicación. Por esa razón la Ley 1176 estableció en su artículo 5 el proceso de certificación a cargo de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, procedimiento que es diferente del establecido en el Decreto 028 de 2008 y que

desarrolla la estrategia de monitoreo, seguimiento y control del SGP. La Ley 1176 señala, en su artículo 4, que los municipios y distritos al momento de su expedición, seguirán siendo los responsables de administrar los recursos del Sistema General de Participaciones para Agua Potable y Saneamiento Básico y de asegurar la prestación de los servicios de agua potable y saneamiento básico, siempre y cuando acrediten el cumplimiento de unos requisitos establecidos por el Gobierno Nacional. en desarrollo de una serie de aspectos⁴⁹:

En relación con los efectos de la descertificación, el artículo 5 de la Ley 1176 de 2007 planeta que los municipios y distritos descertificados:

- No podrán administrar los recursos de la participación para agua potable y saneamiento básico del Sistema General de Participaciones

⁴⁹ El artículo 4 de la Ley 1176 de 2007 asocia los requisitos de certificación a los siguientes aspectos: *“a) Destinación y giro de los recursos de la participación para agua potable y saneamiento básico, con el propósito de financiar actividades elegibles conforme a lo establecido en el artículo 11 de la presente ley; b) Creación y puesta en funcionamiento del Fondo de Solidaridad y Redistribución de Ingresos; c) Aplicación de la estratificación socioeconómica, conforme a la metodología nacional establecida; d) Aplicación de la metodología establecida por el Gobierno Nacional para asegurar el equilibrio entre los subsidios y las contribuciones para los servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado y aseo”*. Igualmente manifiesta que *“Los distritos y municipios que presten directamente los servicios de acueducto, alcantarillado y/o aseo, deben cumplir adicionalmente, con los requisitos que establezca el Gobierno Nacional, por categorías de entidad territorial de acuerdo con el artículo 2 de la Ley 617 de 2000, en desarrollo de los siguientes aspectos: a) Cumplimiento de lo establecido en el artículo 6 de la Ley 142 de 1994; b) Implementación y aplicación de las metodologías tarifarias expedidas por la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, CRA, para los servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado y/o aseo; c) Reporte de información al Sistema Único de Información de Servicios Públicos, SUI, o el que haga sus veces, con la oportunidad y calidad que se determine; d) Cumplimiento de las normas de calidad del agua para el consumo humano, establecidas por el Gobierno Nacional. Finalmente expresa que a) “La Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios será la entidad competente para adelantar el proceso de certificación o retirarla, según sea el caso, a los distritos y municipios en el aseguramiento de la prestación eficiente de los servicios públicos de agua potable y saneamiento básico; b) que “Los distritos y municipios están en la obligación de reportar a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios la información requerida.” c) que “El Gobierno Nacional en el marco de sus competencias dará asistencia técnica a los distritos y municipios, para que estos adelanten las acciones encaminadas al cumplimiento de los requisitos a que hace referencia el presente artículo” y d) que “Para efecto de la certificación de los distritos y municipios se aplicarán los siguientes plazos: Hasta 18 meses una vez expedida la presente ley para evidenciar el cumplimiento de los aspectos mencionados en el presente artículo, y un año adicional para aquellos municipios que por circunstancias no imputables a la administración municipal presenten problemas para evidenciar el cumplimiento de los aspectos mencionados. A los 2 años y medio de expedición de la ley entra en plena aplicación la descertificación.”*

- No podrán realizar nuevos compromisos con cargo a los mismos, a partir de la fecha de la descertificación, evento en el cual los recursos serán administrados por el respectivo departamento, quien asumirá la competencia en cuanto a asegurar la prestación los servicios públicos de agua potable y saneamiento básico en la zona urbana y rural, conforme con lo dispuesto por el artículo 5 de la Ley 142 de 1994. Para ello, el departamento tendrá el derecho a utilizar la infraestructura pública existente en el municipio con el fin de asegurar la prestación de estos servicios públicos en la correspondiente jurisdicción, sin que en ningún caso se realice la transferencia de la propiedad de los activos del sector.
- Corresponderá al departamento representar al municipio en las empresas, sin perjuicio de que este participe con voz pero sin voto.
- La administración de los recursos de la participación para agua potable y saneamiento básico y la competencia en la prestación de estos servicios, serán reasumidos por el Distrito y/o Municipio, a partir de la certificación. En este evento, el distrito y/o municipio dará continuidad a los compromisos y al esquema de prestación de los servicios que hubiere asumido y definido el departamento en virtud de lo dispuesto en la presente ley.

Así, los distritos y municipios serán certificados por la SSPD para el manejo de los recursos del SGP-APSB cuando se verifique el cumplimiento de los aspectos establecidos en el artículo 4 de la Ley 1176 de 2007 de conformidad con los requisitos que señale el Gobierno Nacional en los correspondientes decretos reglamentarios.

El Decreto 1477 de 2009, modificado por el Decreto 1629 de 2012, estableció los requisitos para el cumplimiento de los aspectos en el proceso anual de certificación. Estos decretos han venido extendiendo el plazo para efectos del cumplimiento de requisitos de certificación, con lo que dicho proceso se ha “flexibilizado”, por lo menos en un plano temporal, sin perjuicio de que finalmente el proceso de certificación de la vigencia 2013, deberá llevarse a cabo en el año 2014.

En relación con los efectos de la descertificación, el inciso 2º del artículo 13 del Decreto 1040 de 2012 estableció lo siguiente:

Los municipios y distritos que como resultado del proceso a que se refiere este título sean descertificados, no podrán administrar los recursos del Sistema General de Participaciones para Agua Potable y Saneamiento Básico, ni realizar nuevos compromisos con cargo a los mismos desde la fecha en que quede ejecutoriado el acto administrativo expedido por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios en que se decida la descertificación. En consecuencia, los recursos del Sistema General de Participaciones para Agua Potable y Saneamiento Básico asignados al municipio o distrito descertificado, serán administrados por el departamento que asuma las competencias previstas en el artículo 5º de la Ley 1176 de 2007 o la norma que la modifique, complemente o sustituya.

En relación con la ejecución de la estrategia de monitoreo, seguimiento y control de los recursos del SGP, materia regulada por el Decreto 018 de 2008, el artículo 21 de la Ley 1176 de 2007 establece:

Artículo 21. Monitoreo, seguimiento y control. La administración de los recursos del Sistema General de Participaciones para Agua Potable y Saneamiento Básico de los municipios o distritos descertificados estará sometida al monitoreo, seguimiento y control integral definidos por las normas vigentes.”

Tal como se observa, el distrito o municipio que queda descertificado no podrá ejercer ningún tipo de competencia en el sector de agua potable y saneamiento básico con los recursos del SGP-APSB, puesto que los que tiene en caja en el momento de la ejecutoria de la Resolución de descertificación deberán ser trasladados a las cuentas que para el efecto determine el correspondiente departamento, para que sea éste quien cumpla con los compromisos y obligaciones que están respaldando o para que los comprometa en caso de no estar comprometidos, en ejercicio de la calidad de administrador que le otorga la Ley 1176 de 2007 y titular de la competencia para asegurar la prestación de los servicios públicos de agua potable y saneamiento básico en la zona urbana y rural, conforme con lo dispuesto por el artículo 5 de la Ley 142 de 1994.

Así las cosas, el departamento asume temporalmente la competencia del municipio en relación con el aseguramiento de la prestación de los servicios y para tal fin obra como administrador de los recursos de SGP-APSB, por un tiempo que será determinado por la debida ejecutoria del acto administrativo de la SSPD que en la siguiente vigencia le otorgue la certificación al municipio afectado.

Conclusiones

Con motivo del desarrollo del tema referido a la insuficiencia del modelo de distribución de competencias en Colombia y sus efectos sobre la descentralización y la autonomía de las entidades territoriales se ha arribado las siguientes conclusiones preliminares:

Referidas al modelo de distribución de competencias

- Es posible estructurar un modelo de distribución de competencias donde sus elementos son: los principios, las reglas de distribución y la distribución de competencias propiamente dichas.
- Las reglas de distribución de competencias se constituyen en elemento ausente dentro del modelo de distribución.
- Las reglas de distribución de competencias, que deberían ser materia de la ley orgánica de ordenamiento territorial, no fueron desarrolladas en la Ley 1454 de 2011, *“Por la cual se dictan normas orgánicas sobre ordenamiento territorial y se modifican otras disposiciones”*.
- El legislador orgánico, en su tarea de desarrollar integralmente el modelo y particularmente al momento de identificar reglas de distribución de competencias cuenta con suficientes criterios para llevar a cabo el ejercicio.
- Para efectos de determinar las reglas para la fijación de competencias es posible tomar como referente la evidencia de diferentes tipos de competencias, según, su

forma de ejercicio y la articulación del mismo. Igualmente para dicha tarea y a partir de la claridad respecto a los ámbitos competenciales será posible identificar ámbitos relativos a la asignación de funciones de gobierno, a la prestación de servicios y a la fijación de competencias normativas.

- La inexistencia de las reglas de distribución dentro de la LOOT, otorgan al legislador ordinario un poder discrecional excesivo a la hora de realizar la distribución de competencias propiamente dicha.
- La inexistencia de las reglas de distribución dentro de la LOOT también puede afectar el ejercicio de control judicial sobre las leyes y actos administrativos referidos al tema.

Referidas a la competencia de control sobre el sector agua potable y saneamiento básico

- Existe un doble marco normativo para efectos de llevar a cabo la vigilancia y control sobre el sector de agua potable y saneamiento básico.
- Existe un tipo de control sobre el uso de los recursos del SGP que sirven de fuente de financiación al sector, que lleva a cabo el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, desarrollado mediante el Decreto 028 de 2000, norma que, en criterio de la Corte Constitucional, tiene fuerza de ley.
- Existe otro tipo de control que se realiza sobre la prestación, propiamente dicha, del servicio de agua potable y saneamiento básicos, que es llevado a cabo por la Superintendencia de Servicios Públicos domiciliarios, a través de la institución de la descertificación y que tiene como referente normativo la Ley 1176 de 2007.

2. Marco Teórico

Como quiera que se ha planteado que la insuficiencia del modelo de distribución de competencias en Colombia tiene efectos sobre la descentralización y la autonomía de las entidades territoriales, será necesario desarrollar dichas categorías, descentralización y autonomía. Posteriormente y a partir de la caracterización del Estado colombiano, se abordan los elementos del modelo propuesto para distribución de competencias, con énfasis en los principios de subsidiariedad y de coordinación y las reglas de distribución de competencias, todo lo anterior, dentro del marco normativo que debería ofrecer la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial en la que se extrañan las reglas de distribución de competencias que debería tomar como referente el legislador ordinario al momento de acometer la tarea de asignación de competencias propiamente dicha. Los elementos desarrollados en el presente capítulo permitirán fundamentar cómo la omisión de las reglas de distribución de competencias afectan el control de los recursos del Sistema General de Participaciones y del control sobre la prestación de servicios público de agua potable y alcantarillado, generando contradicciones y conflictos de competencias entre órganos del nivel nacional de gobierno que, a su vez, lesionan la descentralización y autonomía territoriales.

Ante la ausencia de unas reglas de distribución de competencias dentro de la Ley de Ordenamiento Territorial, a manera de ejemplo, se presentan algunas alternativas que bien podrían tenerse en cuenta a la hora de que el legislador orgánico complete su tarea respecto al modelo, es decir, establezca las reglas que se extrañan en la distribución de competencias.

2.1. La forma del Estado colombiano

A partir del reconocimiento del Estado colombiano como una República unitaria, descentralizada y con autonomía de sus entidades territoriales conviene una precisión respecto de cada una de las categorías referidas.

2.1.1. Descentralización en el marco de un Estado Unitario

Libardo Rodríguez aborda el análisis de la descentralización y la autonomía territoriales desde una perspectiva que permite armonizar esa categoría con la forma de Estado colombiano. Dice el autor:

En los Estados “encontramos que el territorio nacional se divide en sectores que territoriales que permiten identificar, de una parte, la comunidad nacional y, de la otra, comunidades que habitan los citados sectores territoriales.”

(...)

Concordante con esa división territorial, encontramos en la generalidad de los Estados dos órdenes de autoridades claramente diferenciadas: unas que manejan, administran o gobiernan el Estado en su conjunto y otras que manejan, administran o gobiernan las diferentes partes, secciones o sectores en que se divide el territorio”⁵⁰

Como se observa, en Rodríguez existe una clara diferencia entre el análisis centrado en la división territorial y los aspectos políticos y administrativos del fenómeno.

En Rodríguez se aprecia la mención al concepto de “autoridad”, pero, asociado al ejercicio de administrar, lo que conduce a una asociación de aquella con el concepto competencia. De esta manera, las autoridades, que pueden pertenecer a diferentes niveles de gobierno, cuando administran, en realidad están en ejercicio de unas determinadas competencias, con lo que queda trazada la articulación, en abstracto, de los conceptos descentralización y competencia.

⁵⁰ 5. RODRIGUEZ, Libardo. Estructura del poder público en Colombia. Decimo tercera Edición. Editorial Temis S.A. Bogotá, 2011, p. 13.

De esta manera, la descentralización aparece atada a la administración del Estado. De otro lado, Ayala Caldas, identifica dos categorías de administración pública: la central que conduce el Estado en su totalidad y la regional donde encuadra lo regional propiamente dicho, la seccional, la provincial, la distrital o la municipal, que dirigen las distintas partes de Estado. Igualmente y como una expresión del principio de centralización política y la descentralización administrativa en la rama administrativa del sector público, el mismo autor, relaciona dos sectores: el central y el regional, donde figura el grupo dos enumerado anteriormente. Según el autor:

El fundamento práctico de la existencia de los dos tipos de administración reside en que no es posible que se resuelva todo lo que concierne a la administración pública, desde un poder central y, además por existir problemáticas regionales, seccionales provinciales distritales y municipales, que por conocerlas mejor y más cerca, los habitantes y autoridades de esos entes territoriales deben resolverlas ellos mismos, sin depender del poder central, y, por lo tanto, surgen los conceptos de Estado Federal y de Estado unitario simple.⁵¹

Así, la manifestación de Ayala permite completar la asociación entre descentralización y competencia, en el sentido de que la descentralización no sólo comporta el ejercicio de competencias, sino que el ejercicio de competencias se lleva a cabo por dos tipos de administración: a) la nacional y b) las otras, donde figuran las regionales y las locales.

2.1.2. Descentralización y distribución de competencias

A continuación se presentan posturas referidas al concepto de descentralización y su caracterización con la distribución de competencias

En relación con la descentralización, el artículo 7 de la Ley 489 de 1998 la define como la “distribución de competencias entre los distintos niveles de la administración”.

51 AYALA CALDAS, Jorge Enrique. Estructura de la rama ejecutiva en Colombia. Ediciones Doctrina y ley Ltda. Bogotá, Primera Edición 2009, p. 36

Herrera Robles⁵² la define como como la radicación de funciones administrativas que se hacen del poder central a favor de las entidades territoriales, para que sean ejercidas en forma autónoma y a su propio nombre.

Rodriguez, por su parte asume la descentralización como “el otorgamiento de competencias o funciones administrativas a las colectividades regionales o locales, para que las ejerzan en su propio nombre y bajo su propia responsabilidad. Es decir, que se les otorga a las colectividades locales cierta autonomía para que se manejen a si mismas”⁵³. Adicionalmente, realiza un análisis desde el punto de vista instrumental al identificar que la descentralización tiene por objetivo la conveniencia en términos de que debe ser la comunidad y no el Estado, quien resuelva sus propios asuntos e igualmente analiza la institución desde una perspectiva política ya que en su criterio se erige como una manifestación democrática en la que la entidad territorial tendrá un cierto grado de autogobierno.

Zuluaga representa así el fenómeno de la descentralización:

En este mismo orden de ideas, cuando la Constitución reconoce el carácter descentralizado del Estado Unitario, realmente o está haciendo una particularización especial o introduciendo un elemento diferencial entre el ordenamiento precedente y el actual, en tanto que la descentralización como fenómeno administrativo, es propia de toda organización compleja. Ella, más que un reconocimiento jurídico, es una realidad que se impone cualquier estructura organizacional, incluso en las de carácter privado y que con razón resulta más apremiante en las organizaciones estatales que no sólo deben asumir la gestión de múltiples y variadas competencias que afectan a numerosas personas, sino que en algunas ocasiones están asentadas en territorios de gran extensión tal como ocurre en Colombia. La descentralización supone el mantenimiento de un control de tutela de la administración central sobre las entidades territoriales

⁵² HERRERA ROBLES, Aleksey. Aspectos generales del derecho administrativo colombiano. “ edición revisada y aumentada. Colección jurídica. Ediciones Uninorte. 2006, p. 133.

⁵³ Rodriguez, Op.cti. p. 25.

periféricas. Desde ese punto de vista es necesario decir con toda claridad que las nociones de descentralización y autonomía se oponen⁵⁴.

Los autores referenciados entienden que la descentralización comporta una asignación de competencias a las entidades territoriales, pero, con el correlativo otorgamiento de responsabilidades y el correspondiente control que sobre el ejercicio de las mismas deba llevarse a cabo.

Si la descentralización es otorgamiento de competencias o, lo que es lo mismo, distribución de competencias, el cuestionamiento que surge enseguida es cómo se pueden desarrollar normas que profundicen la distribución de competencias entre distintos niveles de la administración pública, es decir, materialicen la descentralización, si no existe un límite al legislador ordinario (que se verifica a través de reglas de distribución en la LOOT) para la fijación de competencias en las entidades territoriales? La respuesta debe ser que el desarrollo en ese sentido sólo puede ser menor. Es decir, que una profundización de la descentralización, en ausencia de reglas de distribución, es de una intensidad leve y sujeta a la voluntad, sin más, del legislador ordinario.

2.1.3. Estado con autonomía de sus entidades territoriales

A continuación se analiza el concepto de autonomía, pero, articulado a las competencias distribuidas a las entidades territoriales.

Zuluaga precisa lo que podría significar la autonomía como elemento del Estado Colombiano:

La constitución en su artículo 1 no sólo define la forma de Estado: República Unitaria, sino que también consagra los valores que inspiran nuestro ordenamiento: democrático, participativo y pluralista. Y para que un Estado cumpla con esos principios fundantes debe hacer una apuesta decidida por la autonomía, pues, está ampliamente demostrado que ella contribuye de manera significativa a materializarlos, de una parte porque la autonomía permite

⁵⁴ ZULUAGA GIL, Ricardo. "La organización territorial en la Constitución de 1991. Centralismo o autonomía". Pontificia Universidad Javeriana Cali, p. 52.

reconocer la pluralidad étnica, cultural, económica y política de la sociedad, y de la otra, porque con ella la democracia queda mejor asegurada al permitir mayores niveles de participación y fiscalización por parte de los ciudadanos; de paso, así se aseguran mejores niveles de gobernabilidad y legitimidad.⁵⁵.

Por su parte, Herrera Robles, asocia la autonomía con la facultad para establecer su propia administración dentro del marco y límites de la Constitución y la Ley. En este sentido el autor expresa:

Es importante resaltar que la autonomía administrativa, como el ejercicio de todas las competencias públicas al interior de un Estado de Derecho, no es ilimitada, de tal forma que deberá circunscribirse a los mandatos restrictivos contenidos en la Constitución y en las leyes como ocurre, por ejemplo, con la prohibición contenida en el artículo 315 numeral 7 de la Constitución que establece que los alcaldes “no podrán crear obligaciones que excedan el monto global fijado para gastos de personal en el presupuesto inicialmente aprobado” o con las restricciones en materia de gastos de funcionamiento para departamentos y municipios de acuerdo a su categoría, establecidas en la Ley 617 de 2000.⁵⁶

En las concepciones sobre autonomía que tienen los dos autores citados es posible resaltar la posición de acuerdo con la cual, la autonomía, en su expresión administrativa⁵⁷ está conectada al ejercicio de competencias.

Dicho lo anterior, Herrera plantea el tema desde lo que podría denominarse la igualdad u obediencia ante y de la ley para los diferentes niveles de gobierno:

La Ley en sentido estricto, entendido como disposición general emanada del procedimiento legislativo, no sólo desarrolla los principios constitucionales sino

⁵⁵ ZULUAGA, op. cit., p.75.

⁵⁶ HERRERA, Op. cit. p. 134.

⁵⁷ Es necesario recordar que de acuerdo con el artículo 287 constitucional, la autonomía de la que gozan las entidades territoriales tiene tres dimensiones: administrativa, política y fiscal.

que, además, determina el contenido de los actos de rango inferior, sean generales o particulares..... En todo caso, es necesario aclarar que la posibilidad de la ley para determinar el resto del ordenamiento jurídico varía; así, en el caso de la función administrativa, la ley establece la competencia y el alcance de su ejercicio.....⁵⁸

Desde la perspectiva de igualdad ante la ley de la que habla Herrera puede decirse que la ausencia, dentro de la LOOT, de unas reglas de distribución de competencias ponen en situación de desigualdad o desequilibrio al nivel nacional con los demás niveles de gobierno, con ventaja de aquel en detrimento de éstos. Lo anterior, como quiera que se infiere que si el legislador ordinario al momento de fijar competencias debe atender tales reglas, su inexistencia dentro del ordenamiento jurídico necesariamente afecta la autonomía de las entidades territoriales.

El problema anterior es abordado por Carré de Malberg⁵⁹ en los siguientes términos:

...En otros términos, mientras que el Estado, determina y sanciona él mismo sus derechos en virtud de su propia potestad y voluntad, los derechos del municipio se fijan, reglamentan y convierten en jurídicamente eficaces por la ley superior del Estado del que depende. Ya en este sentido no se les puede identificar de derechos originarios: no ya porque, al ejercerlos, el municipio ejerce un derecho ajeno, un derecho del Estado, un derecho verdaderamente delegado o concedido, sino porque los poderes que tiene para ejercerlos-al igual que los poderes de un propietario sobre a cosa- toman su fuerza positiva de su consagradoria estatal, y por lo tanto las facultades municipales se basan, desde el punto de vista su eficacia, en derecho positivo, en la voluntad del Estado, el cual, al consagrar esas facultades naturales, las convierte en derechos propiamente dichos.

De esta manera, aplicado al caso colombiano, es posible decir que la aceptación de apenas una autonomía relativa en las entidades territoriales, debe estar correspondida

⁵⁸ HERRERA, Op.cit. pp 15 y 16.

⁵⁹ 2. CARRE DE MALBERG R. Teoría general del estado. Versión española de José Lión Depetre. Fondo De Cultura económica. Mexico. 1948, pp. 182 y 183.

con los límites que el Estado de Derecho ha establecido para efectos del ejercicio de las atribuciones de sus propios órganos, en este caso el legislador.

Mas adelante el mismo autor expresa

“Aquí es donde se hace posible establecer la precisa y capital diferencia que existe entre el Estado y el municipio. Uno y otro tienen, en un sentido, derechos propios, pero, mientras que los derechos propios del Estado se ejercen por éste en virtud de sus sola potestad y voluntad, los del municipio no pueden ejercerse sino con el permiso y conforme la ley del Estado. Y además, mientras que los derechos estatales llevan en sí originariamente la fuerza proveniente de la potestad pública inherente al Estado, los del municipio sólo adquieren dicha fuerza por cuanto el Estado asegura su realización mediante su potestad o delega ésta en el municipio para su realización”.⁶⁰

La evidente situación de desequilibrio entre el Estado y el municipio (aquí se puede también hablar de otro tipo de entidades territoriales), puede ser morigerada en algo a través de la expedición de la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial en la cual se deben definir las reglas para el ejercicio de la distribución de competencias propiamente dicho. El valor vinculante de la regla incorporada en la LOOT, traza criterios orientadores y oponibles al legislador ordinario cuando desarrolla tal tarea.

2.2. Articulación de la de la descentralización y la autonomía. Impacto en la democracia y en la situación fiscal de las entidades territoriales

Como quiera que la autonomía en el marco constitucional colombiano hace referencia a las entidades territoriales, una integración de las categorías “descentralización y autonomía” puede llevarse a cabo a través del desarrollo de la categoría “descentralización territorial”.

⁶⁰ Ibid, p. 183.

La descentralización territorial, es definida así por el profesor Pedro Alfonso Hernández⁶¹:

...la descentralización territorial es el conjunto de relaciones políticas, jurídicas, administrativas y económicas existente entre las autoridades centralizadas nacionales y las entidades territoriales.

En esta definición de Hernández es posible observar que la descentralización territorial contiene distintos elementos y por lo mismo puede ser caracterizada a su vez desde los mismos o dicho de otra manera, desde distintos ángulos: el político, el jurídico, el administrativo y, el económico.

Ahora bien, ¿cuál podrá ser el contenido de cada uno de tales elementos? Una respuesta posible puede hallarse en la caracterización que hace Rivero Ortega de la descentralización territorial:

Se acepta que hoy la descentralización (territorial) como experiencia positiva en dos vertientes: una democrática y otra de eficiencia. En primer lugar; como una herramienta de redistribución del poder con fines democratizadores y de recuperación de la confianza (aproximación de su ejercicio a los ciudadanos, mejora del sistema de frenos y contrapesos). Y en segundo lugar, como garantía de mejor gestión en los procesos de toma de decisiones (mejor conocimiento de la realidad local, implicación directa en los intereses de cada zona del territorio.)

(...)

En una perspectiva puramente administrativa, la descentralización perseguiría un mejor reparto de competencias entre las distintas autoridades, sin necesidad de atribuirles poderes legislativos, buscando una mayor eficiencia y racionalidad en los procesos de toma de decisiones⁶².

⁶¹ HERNÁNDEZ, op. cit. p. 49.

⁶² RIVERO ORTEGA, Ricardo. "Derecho Administrativo Económico". Marcial Pons. Madrid 2009, p.49.

Por su parte, Rodríguez determina unos requisitos que permiten estar frente a una verdadera descentralización territorial:

Para que se presente realmente esta descentralización, se requiere que existan varios elementos, a saber:

-Necesidades locales, es decir, diferentes de aquellas que son comunes a toda nación. Es, precisamente, en relación con esas necesidades propias que se presenta la autonomía. La determinación de las necesidades nacionales y locales le corresponde hacerla a la Constitución y a la ley. Así, la Constitución en los artículos 298 y siguientes y 311 y siguientes establece las funciones de departamentos y los municipios. A su vez, de acuerdo con los artículos 288 y 356 de la misma Constitución, corresponde a la ley distribuir las competencias y servicios entre la Nación y las entidades territoriales, lo cual ha sido hecho en parte, por la ley 715 de 2001, modificada por las leyes 1176 de 2007, 1294 de 2009, y 1446 de 2001, y por el decreto, 1188 de 2003, así como por el artículo 29 de la Ley 1454 de 2001 en materia de ordenamiento territorial. A su vez el artículo 7 de la Ley 489 de 1998 establece que el gobierno será especialmente cuidadoso en el cumplimiento de los principios constitucionales y legales sobre la descentralización administrativa y la autonomía de las territoriales y que, en consecuencia, procurará desarrollar disposiciones y normas que profundicen la distribución de competencias entre los diversos niveles de la administración siguiendo, en lo posible, el criterio de que la prestación de los servicios corresponde a los municipios, el control sobre dicha prestación a los departamentos y la definición de los planes, políticas y estrategias a la Nación.

El llamado que hace el autor hacia la profundización de la distribución de competencias como materialización de la descentralización territorial significa la existencia de reglas de distribución para las mismas, so pena de menoscabar los derechos de las entidades territoriales lo cual significa en últimas una afectación de la democracia. Darío Restrepo ofrece un análisis al respecto para lo cual parte de la puntualización de la vertiente democrática de la descentralización al decir de Rivero Ortega:

Para el debate sobre la democracia, las características de los sistemas políticos y la calidad de las prácticas públicas han sido tradicionalmente relevantes. Hace unas décadas, la consideración de las formas de organización espacial del Estado se promueve como imprescindible para medir los grados de democracia alcanzados. Los ciudadanos que se dotan de sus propios mandatarios e inciden lo más directamente posible en aspectos claves de su calidad de vida gozarían de mayor acceso a la democracia. Por esta razón la adscripción territorial de funciones y empresas en los gobiernos locales ha sido interpretada por muchos como grado definitivo de la democracia. Desde otra tradición, todo lo anterior adquiere valor, no por sí mismos, sino por la capacidad real de mejorar la calidad de vida, los estándares de bienestar y la equidad entre territorios y grupos sociales⁶³.

Frente al proceso colombiano, el profesor Restrepo identifica dos momentos de la descentralización ocurridos con posterioridad a la expedición de la Constitución Política de 1991: uno de auge ocurrido durante el Gobierno de Cesar Gaviria y, otro de retroceso o recentralizador ocurrido con posterioridad a tal gobierno:

Se puede decir que la descentralización alcanzó su cenit simbólico en la nueva constitución: define la organización estatal y es una pedagogía democrática que proclama la reconciliación, la inclusión y la participación como antídotos contra décadas de exclusión y elitismo; a la vez, es parte de la construcción de instituciones más permeables a las reglas del mercado, la competencia, la eficiencia financiera y la rentabilidad social de los negocios. Pareciera entonces que las fuerzas con mayor poder para sacudir el viejo andamiaje coincidieron contra las formas de organización centralizadas del Estado, la administración, los presupuestos y el sistema político⁶⁴.

(...)

⁶³ RESTREPO BOTERO, Darío. "Las fracturas del Estado en América Latina". En "Historias de descentralización". Darío Restrepo compilador. Universidad Nacional de Colombia. Bogotá. 2006, p. 41.

⁶⁴ *Ibíd.* p. 371.

En escasos veinte años el giro de la descentralización municipalista a la recentralización refleja un cambio importante en el balance de poder entre niveles territoriales, que a su vez manifiesta un vuelco en las relaciones y opciones políticas. ...La Asamblea Constituyente construyó un “pacto federativo” dentro de un Estado Unitario. Mediante este pacto, el crecimiento general de la economía se repartió por mitades para financiar el desarrollo de las funciones estatales en el nivel central y en las entidades territoriales bajo la orientación y tutela de órganos técnicos nacionales y las leyes del parlamento. A la vuelta de nuevo milenio, el congreso decide “congelar el pacto” por ocho años, para crear un “espacio fiscal” y resolver la crisis fiscal del nivel central del Estado, lo que es aprovechado por “las fuerzas políticas del orden” que acometen un recorte político local⁶⁵.

El interrogante que puede formularse en este momento es si la recentralización a la que se refiere Restrepo hubiera podido ser detenida o por lo menos hacer de su avance algo más lento, si se hubiera expedido a tiempo la Ley de Ordenamiento territorial, pero, con incorporación de las reglas para la distribución de competencias.

Por otra parte, también se ha analizado lo que podría considerarse como el impacto de un modelo incompleto de distribución de competencias sobre la situación fiscal de las entidades territoriales. En este sentido, la Contraloría General de la República ha expresado:

En términos generales, en las iniciativas gubernamentales presentadas para modificar la naturaleza de las relaciones entre la administración central y los territorios prevalece, de una manera bastante evidente, el afán fiscalista, entendido éste como la necesidad de actuar a la mayor brevedad posible para corregir o al menos no profundizar el desequilibrio financiero. Debe destacarse como puntos clave de las decisiones más recientes en materia fiscal: la reducción de asignaciones presupuestales para programas de inversión, las cortapisas al endeudamiento territorial y los reajustes al gasto de funcionamiento.

⁶⁵ *Ibíd.*, p. 384.

(...)

En la medida que la reasignación de competencias políticas y administrativas entre los niveles de gobierno no viene acompañada de condiciones de autonomía y capacidad financiera y logística de gestión, se genera el riesgo de que una descentralización incompleta derive en grandes fallas de eficiencia y eficacia, situación que motivaría una reversión del proceso, sin ganancias apreciables, pero, aún con el imperativo constitucional, para el Estado, de fomentar el desarrollo de las regiones⁶⁶.

Como se observa el impacto de medidas aisladas con un perfil eminentemente fiscal en beneficio de las entidades territoriales, distan mucho de los resultados que con su adopción se espera, justamente por el carácter incompleto, asilado o desarticulado de tales medidas con la ausencia de decisiones que profundicen la autonomía y la capacidad institucional de las entidades territoriales.

Una vez desarrolladas las categorías referidas a la descentralización y autonomía territoriales y, descritos los posibles impactos que sobre las mismas, se producen con un modelo insuficiente de distribución de competencias, debe iniciarse el abordaje de la pertinencia de la LOOT como marco jurídico dentro del cual se desarrolla tal modelo

2.3. Pertinencia de un sistema normativo completo para la distribución de competencias

Por sistema normativo completo para la distribución de competencias se entiende aquel que no sólo está conformado por los principios constitucionales del modelo y las normas constitucionales reguladores de particulares aspectos del modelo; por las leyes ordinarias que distribuyen competencias propiamente dichas, sino también por las reglas distribuidoras de competencias contenidas en la LOOT.

66 Contraloría General de la República. Colección "Análisis sectorial y de políticas públicas. Informe 13. La transición hacia el ajuste fiscal en las entidades territoriales. Bogotá, 2002, p. 7.

2.3.1. La pertinencia de la ley orgánica

La pertinencia de la Ley orgánica será evaluada en consideración a que dentro de ella se fijen verdaderas reglas que debe seguir el legislador al momento de distribuir competencias.

Ayala Caldas se refiere en los siguientes términos

En el ejercicio de las facultades que se le otorgan por medio de esta ley y en general en el desarrollo y reglamentación de ésta (se refiere a la ley orgánica) el gobierno será especialmente cuidadoso en el cumplimiento de los principios constitucionales y legales sobre la descentralización administrativa y la autonomía de las entidades territoriales. En consecuencia, procurará desarrollar disposiciones y normas que profundicen en la distribución de competencias entre los distintos niveles de la administración siguiendo en lo posible el criterio de que la prestación de los servicios corresponde a los municipios, el control sobre dicha prestación a los departamentos y la definición de planes políticas y estrategias a la Nación.⁶⁷

A propósito de la LOOT y su contenido, Henao Hidrón expresa lo siguiente:

Establece los principios rectores, el marco insitucional, las normas orgánicas para el ordenamiento político administrativo del territorio colombiano y propicia las condiciones para concertar políticas públicas entre la Nación, las entidades territoriales y las áreas metropolitanas. En este último aspecto, promover una mayor delegación de funciones y competencias del nivel nacional hacia el ordenamiento territorial. En sus propias palabras, la ley representa “ un medio para promover el desacrollo como instrumento de gestión, planificación, regulación, transformación y ocupación del espacio por la sociedad.

El Ordenamiento territorial es concebido como fundamento de la unidad e identidad nacional, la convivencia pacífica y de la dignidad humana, reconociendo

⁶⁷ AYALA. Op. cit, p. 273.

las diferencias geográficas, institucionales, económicas, sociales, étnicas y culturales del país.”

No cabe duda de que por lo menos para los dos autores transcritos, la LOOT es un instrumento de la mayor importancia, no sólo en el ordenamiento jurídico del país, sino también en el de carácter político. Si la importancia de la LOOT radica en que debe promover la distribución de competencias a través de la profundización de la descentralización y de la autonomía, entonces, la ausencia de las reglas para llevar a cabo la distribución propiamente dicha es un elemento clave cuya omisión podría afectar tales objetivos.

Como quiera que la Corte Constitucional en la Sentencia C-600 de 1995 expresa que el contenido de la ley orgánica de ordenamiento territorial es “parcialmente indeterminado”, la impresión es que la determinación o definición a la que por oposición se refiere la Corte, en la sentencia en cita, es una de carácter general, y que expresa así:

Sin embargo, como es obvio, esa definición está sujeta a un control del juez constitucional, puesto que no puede un órgano constituido -como el Legislador- autoatribuirse integralmente su competencia ya que, si ello fuera posible, dejaría de estar sujeto a la Constitución. Por ello, corresponde a la Corte efectuar en este campo un control de límites mediante una interpretación sistemática del alcance de la reserva de ley orgánica, a fin de que las definiciones legales no contraríen el reparto de competencias entre la ley ordinaria y la ley orgánica.

De lo planteado por la Corte se resalta que el legislador, cuando expide la ley orgánica, no debería fijar, en ella, competencias propiamente dichas sino reglas para el ejercicio de tal función cuando expide leyes ordinarias referidas a la distribución precisa de competencias. A continuación se desarrolla el tema referido a la ley ordinaria.

2.3.2. La pertinencia de la Ley ordinaria

Puede decirse que, sin perjuicio de las precisas competencias que establece la Constitución Política, la distribución de competencias propiamente debería llevarse a cabo mediante leyes ordinarias. Dicho ejercicio debería partir de los principios que se han

determinado para el efecto y las reglas que se pudieran determinar a futuro tal como lo establecen los artículos 150 y 288 constitucionales.

Modelo de distribución de competencias. Elementos

Retomando el aspecto central del estudio, en el modelo de distribución de competencias, se identifican tres elementos: a) los principios que orientan el ejercicio de distribución, b) las reglas que deben seguirse para realizar la distribución de competencias por parte de quien está llamado a hacerla y c) la repartición de competencias propiamente dicha.

Enseguida se desarrolla, en particular, el elemento correspondiente a los principios del modelo. Del elemento referido a la distribución propiamente dicha, apenas si se hará mención, porque el objetivo en el presente capítulo será exponer cómo al momento de asignar a la nación competencias en materia de control, se pueden cometer excesos por la discrecionalidad con la que cuenta el legislador que lo lleva a estructurar controles no del todo susceptibles de diferenciarse, como el que se ejerce sobre la prestación del servicio de agua y el que se ejerce sobre el usos de recursos del SGP

Los principios orientadores del ejercicio de distribución de competencias

Se ha dicho que para abordar el análisis de los principios orientadores, se toman como referente el contenido del artículo 288 constitucional, inciso 2º que expresa *“las competencias atribuidas a los distintos niveles territoriales serán ejercidas conforme a los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad en los términos que establezca la ley”*.

Sobre este particular, la Corte Constitucional⁶⁸ ha manifestado lo siguiente respecto a la función armonizadora de las relaciones entre la nación y las entidades territoriales. :

La Corte parte de la premisa constitucional, según la cual, la ley 549 de 1999 constituye un desarrollo técnico de los artículos constitucionales que gobiernan

⁶⁸ Sentencia C-1187 de 2000.

los principios de la descentralización administrativa dentro de un Estado Social de Derecho, vale decir, donde las competencias de los distintos entes territoriales en un Estado Unitario, son ejercidas bajo los principios de coordinación, concurrencia y subsidiaridad, tal y como lo dispone el artículo 288 constitucional, para armonizar las complejas relaciones en que puede desenvolverse la vida institucional, económica y fiscal, así como la planeación entre la Nación y las entidades territoriales, bajo el entendido que los intereses territoriales son articulables y no enfrentados, como una premisa política en un Estado Unitario.

Igualmente la Corte Constitucional, en la misma sentencia, se ha esforzado en dimensionar los alcances de aquellos principios, sobre todo atendiendo la necesidad de que su aplicación no haga nugatoria la descentralización y la autonomía de las entidades territoriales.

Estima la Corporación, que la materialización de los principios atrás referidos, no debe entenderse en el sentido de que la ley pueda reducir a un ámbito mínimo el espacio de autonomía de las entidades territoriales. En este sentido, ha precisado esta Corporación, que el principio de coordinación no puede identificarse con el de control de tutela, que es la única forma en que en un estado democrático se logran conciliar intereses diversos, así como la mejor manera de ponderar aquellas dificultades que generen enfrentamientos o choques de competencias. Igualmente, debe insistir la Corporación, que el principio de concurrencia invoca un proceso de participación entre las entidades autónomas, ya que la concurrencia no puede significar imposición de hecho ni de derecho, en el ejercicio de las competencias para la concreción de los intereses respectivos.

Principio de Concurrencia.

De acuerdo con la Corte Constitucional,⁶⁹ “El principio de concurrencia implica un proceso de participación entre la Nación y las entidades territoriales, de modo que ellas intervengan en el "diseño y desarrollo de programas y proyectos dirigidos a garantizar el

⁶⁹ Sentencia C-1187 de 2000.

bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida, pues sólo así será posible avanzar en la realización efectiva de principios también de rango constitucional, como por ejemplo el de descentralización y autonomía territorial."

Principio de coordinación.

Herrera desarrolla así el principio de Coordinación

Principio de coordinación

Dentro del marco de distribución de funciones , la coordinación administrativa pretende que los recursos escasos del Estado no se desaprovechen a través de la reiteración funciones en cabeza de varios entes administrativos. Es por lo anterior que, con el objeto de armonizar las funciones entre las distintas entidades territoriales, se ha dispuesto que mientras los municipios tienen a su cargo la prestación directa de los servicios (art. 367 inciso2) , los departamentos cumplirán una función de control y les corresponderá a las instancias nacionales el papel de definir los planes, políticas y estrategias.⁷⁰

Por su parte la Corte Constitucional en la Sentencia C-1187 de 2000 expresa que el principio de coordinación "*Indica que las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado (art. 209 C.P.), coordinación que debe darse, tanto entre las entidades territoriales, como entre éstas y la Nación*".

Como se observa al menos existen dos énfasis en el principio de coordinación; el de Herrera donde el aspecto financiero cobra importancia fundamental y el de la Corte Constitucional donde el énfasis radica en el aspecto administrativo.

Principio de Subsidiariedad. Análisis y referencia jurisprudencial

⁷⁰ HERRERA, Op. cit p. 122.

El principio de subsidiariedad merece un tratamiento diferencial en el sentido de su mayor extensión y profundidad, como quiera que constituiría el fundamento de la estrategia de monitoreo, seguimiento y control de los recursos del Sistema General de Participaciones, lo cual a su vez constituiría un rasgo del Estado Unitario, por lo menos en lo que tiene que ver con el sometimiento de la autoridad local al poder central y el consistente control que sobre la gestión de aquel, éste ejerce.

En relación con el control referido, Rodríguez ⁷¹expresa:

Los controles en los sistemas de centralización y descentralización. Tanto la centralización como la descentralización implican cierto control por la autoridades centrales. En efecto, si en la centralización el Estado monopoliza todas las actividades públicas, es obvio que tendrá bajo su mando directo a los órganos y empleados que las realizan en su nombre. Además, si bien, la descentralización implica autonomía de las entidades y de sus respectivos funcionarios, es claro que aquellas y estos continúan formando parte de la organización estatal, es decir, que son autónomos, pero, no independientes; en consecuencia, también están sujetos a cierto control.

De acuerdo con la teoría general del derecho administrativo, el control existente en caso de centralización se denomina control jerárquico, mientras que el que se aplica en caso de descentralización se conoce con el nombre de control de tutela. Sobre el control de tutela el mismo autor expresa que *“es aquella que ejerce el poder central sobre las entidades y autoridades descentralizadas, tanto territorialmente como por servicios.*

2.3.2.1. Definición

Stohr, a partir del contenido de la Enciclopedia Brokhaus ofrece una definición de subsidiariedad a partir de su objetivo en términos de que aquella *“está orientada en contra del estado centralista y totalitario, en donde la comunidad reconoce el potencial de los*

⁷¹ RODRIGUEZ, Op. cit. p, 33.

*subordinados y ejercita tan solo las tareas que aquel no puede cumplir*⁷². El mismo autor hace una aproximación desde otros dos ángulos. Desde una perspectiva neoliberal, de acuerdo con la cual corresponden al individuo o a los “niveles sociales bajos” la autodefinition y sostenimiento, excluyendo en lo posible al Estado y a “los niveles altos” del cumplimiento de funciones. Desde una perspectiva de la filosofía social católica se plantea que la subsidiaridad implica una “*entrega a cada nivel social la responsabilidad de hacer lo que puede hacer mejor, pero al mismo tiempo....*”⁷³

Arizmendi Posada⁷⁴ resalta el papel de la Iglesia Católica en la construcción del principio de subsidiaridad. En relación con el origen, expresa que tal principio es de Derecho natural, trascendental en la Doctrina Social de la Iglesia a lo largo de los cien años que van desde la encíclica *Rerum Novarum* de León XIII en 1891 y la *Centesimus Annus* de Juan Pablo II, en 1991. De acuerdo con el autor, dicho principio se manifiesta en distintas esferas y relaciones entre sujetos, como por ejemplo entre las comunidades mayores y las menores al momento de hacer la distribución de funciones entre unas y otras, y que se expresa en la frase: *No debe hacer la comunidad política de orden superior lo que puede hacer bien la comunidad política de orden inferior.*

La subsidiariedad de acuerdo con la aproximación realizada por Barrios Suvelza podría asociarse a la existencia de un ámbito de asuntos propios de las entidades territoriales o subnacionales, ámbito que a su vez puede ser entendido en sentido amplio o en sentido estricto. En sentido amplio, bajo la consideración de que las decisiones de las entidades territoriales no pueden ser objeto de revisión o control de tutela por parte de un nivel superior territorial y, en sentido estricto, “*significa que debe existir un núcleo de tareas*

⁷² Sthör, Walter B. “Subsidiariedad: un concepto clave para el desarrollo de la política de desarrollo regional” en *Instituciones y actores del desarrollo territorial en marco de la globalización*. Ediciones Universidad del Bío Bío, Talcuano, Chile, 1999, p.p. 307 y 308.

⁷³ *Ibid*, p. 308

⁷⁴ Octavio Arizmendi Posada, *El principio de subsidiariedad y el problema de las fronteras del Estado y la sociedad civil*. Disponible en <http://biblioteca.unisabana.edu.co/revistas/index.php/dikaion/article/viewArticle/449/1213>. Fecha de consulta [30 de noviembre de 2009].

que se clasifican como propias por su materialidad misma"⁷⁵. El mismo autor señala que para definir aquello que les sería "propio" a las entidades territoriales existen al menos dos criterios: Aquel que toma como referente lo que la propia normatividad expresa. En este sentido, "lo propio" sería lo que la ley dijera que corresponden a la entidades y; aquel que toma como referente unos parámetros que permiten definir qué es "lo propio", en cuyo caso debe expresarse normativamente el parámetro, previa su selección de criterios que pueden ser de orden geográfico, de proximidad, económicos, financieros, etc.

2.3.2.2. Abordaje normativo y jurisprudencial del principio de subsidiaridad

Abordaje normativo

En primer lugar, el sistema normativo colombiano mediante el artículo 27 de la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial ofrece la siguiente definición para el principio de subsidiaridad.

ARTÍCULO 27. Principios del ejercicio de competencias. Además de los que el artículo 209 de la Constitución Política contempla como comunes de la función administrativa, son principios rectores del ejercicio de competencias, los siguientes:

(..)

3. Subsidiaridad. La Nación, las entidades territoriales y los esquemas de integración territorial apoyarán en forma transitoria y parcial en el ejercicio de sus competencias, a las entidades de menor categoría fiscal, desarrollo económico y social, dentro del mismo ámbito de la jurisdicción territorial, cuando se demuestre su imposibilidad de ejercer debidamente determinadas competencias. El desarrollo de este principio estará sujeto a evaluación y seguimiento de las

⁷⁵ Barrios Suvelza, Franz Xavier "El lastre conginitivo del par conceptual 'Unitario V/S Federal'" en *Revista del CLAD Reforma y Democracia*, numero 44, junio 2009, Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo, Caracas 2009, p. 92.

entidades del nivel nacional rectora de la materia. El Gobierno Nacional desarrollará la materia en coordinación con los entes territoriales.

En segundo lugar, el mismo sistema normativo, en una actitud paradójicamente contraria a sistema, mediante la Ley 1551 de 2012⁷⁶ ofrece su particular definición del principio de subsidiariedad: Artículo 4°. Principios Rectores del Ejercicio de la Competencia. Los municipios ejercen las competencias que les atribuyen la Constitución y la ley, conforme a los principios señalados en la ley orgánica de ordenamiento territorial y la ley de distribución de recursos y competencias que desarrolla el artículo 356 de la Constitución Política, y en especial con sujeción a los siguientes principios:

(...)

c) Subsidiariedad. La Nación, las entidades territoriales y los esquemas de integración territorial apoyarán en forma transitoria y parcial a las entidades de menor desarrollo económico y social, en el ejercicio de sus competencias cuando se demuestre su imposibilidad de ejercerlas debidamente.

Sin perjuicio de que el contenido del principio de subsidiariedad en una y otra norma sea el mismo, se ha dicho que la actitud del legislador de Ley 1551 de 2012 es contraria a sistema, porque no era necesario una nueva definición de tal principio en una ley ordinaria, cuando la ley orgánica de ordenamiento territorial, es decir, la Ley 1454 de 2011 ya lo había hecho.

Abordaje jurisprudencial

Finalmente desde la perspectiva de la Corte Constitucional⁷⁷, *“el principio de subsidiariedad consiste en que sólo cuando la entidad territorial no pueda ejercer determinadas funciones en forma independiente, puede apelar a niveles superiores (el departamento o la Nación), para que éstos asuman el ejercicio de esas competencias.”*

⁷⁶ “por la cual se dictan normas para modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios”
⁷⁷ Sentencia Corte Constitucional C- 1187 de 2000.

Aquí es necesario expresar que el análisis del principio de subsidiariedad que efectuó la Corte Constitucional en la sentencia C-1187 de 2000 lo hizo con anterioridad a la expedición de las leyes 1454 de 2011 y 1551 de 2012 y por lo tanto tomó como referente el contenido del artículo 4 de la Ley 136 de 1994, el cual expresaba:

“ARTÍCULO 4o. PRINCIPIOS RECTORES DEL EJERCICIO DE COMPETENCIA. Los municipios ejercen las competencias que les atribuye la Constitución y la ley, conforme a los principios señalados en la ley orgánica de ordenamiento territorial y en especial con sujeción a los siguientes.

(...)

c) SUBSIDIARIEDAD. Cuando se disponga que los municipios puedan ejercer competencias atribuidas a otros niveles territoriales o entidades, en subsidio de éstos, sus autoridades sólo entrarán a ejercerlas una vez que se cumplan plenamente las condiciones establecidas para ellos en la norma correspondiente y dentro de los límites y plazos fijados al respecto.

Así mismo, cuando por razones de orden técnico o financiero debidamente justificadas, los municipios no puedan prestar los servicios que les impone la Constitución y la ley, las entidades territoriales de nivel superior y de mayor capacidad deberán contribuir transitoriamente a la gestión de los mismos, a solicitud del respectivo municipio. Las gestiones realizadas en desarrollo de este principio se ejercerán sin exceder los límites de la propia competencia y en procura de fortalecer la autonomía local.”

2.4. Reglas de distribución de competencias. Propuesta de contenido

A continuación y con el interés de perfilar algo de los contenidos que eventualmente podrían tener las reglas de distribución de competencias que estarían consignadas en la ley orgánica de ordenamiento territorial, se propone un ejercicio en tal sentido. De esta manera, se sugieren los siguientes contenidos para las reglas que parten del

reconocimiento de que éstas podrían significar la corrección de los excesos o defectos en que pudiera incurrir el legislador ordinario al momento de distribuir competencias propiamente dichas. Excesos en el sentido de asignar competencias mas allá de lo que razonablemente podrían acometer las entidades territoriales. Defectos en el sentido de restringir la profundización de la distribución de competencias con motivo de una mínima asignación de ellas a las entidades territoriales.

Propuesta

- No se podrán distribuir competencias en las entidades territoriales sin la previa comprobación de la capacidad institucional para ejercerlas. Los mecanismos de comprobación serán los establecidos por la ley que las asignan.
- El ejercicio de competencias en materia tributaria por parte de la nación no significarán, de ninguna manera, la imposición de límites a la autonomía administrativa y fiscal de las entidades territoriales.
- El ejercicio de las competencias regulatorias siempre estará a cargo del nivel nacional de gobierno.
- Salvo el ejercicio de las competencias de control a cargo de la Nación, la asignación exclusiva de competencias en las entidades territoriales implica la total imposibilidad para que la nación participe en su ejecución. Lo anterior no restringe la posibilidad de que la entidad territorial, en ejercicio del principio de colaboración, solicite la de la nación en el ejercicio de las mismas.
- Salvo las competencias de la Nación en materia regulatoria, en las demás que le sean asignadas a este nivel territorial de gobierno, siempre deberán establecerse responsabilidades para que parte de tales competencias sean acometidas por las entidades territoriales, de manera que su ejercicio fortalezca la capacidad institucional. Los gastos que demande la ejecución de las responsabilidades por las entidades territoriales deberán ser sufragados por la nación.

- Cuando una entidad territorial considere que posee la suficiente capacidad institucional para acometer una competencia a cargo de la nación, podrá solicitar que se le asigne, previa evaluación del órgano nacional sectorial. El Gobierno Nacional regulará la materia.
- Cuando el ejercicio del control sobre la prestación de servicios públicos domiciliarios y sobre el uso de recursos del sistema general de participaciones puede significar la asunción temporal de competencias de entidades territoriales, las medidas que se vayan a imponer serán establecidas y ejecutadas por el mismo órgano del gobierno nacional.

Conclusiones

No es posible desarrollar normas que profundicen la distribución de competencias entre distintos niveles de la administración pública si no existe un límite al legislador ordinario, a través de reglas de distribución para la fijación de competencias en las entidades territoriales.

La asignación de competencias sin reglas de distribución, afecta la descentralización como modelo de administración, como quiera que el legislador ordinario no obedece a un marco sistemático trazado en la ley orgánica para tal fin.

Ante la ausencia de reglas para la distribución de competencias, el Estado, a través del legislador, puede excederse en su potestad reguladora afectando con ello el derecho que tienen las entidades territoriales a ejercer las competencias conforme unas reglas previamente establecidas, es decir la autonomía.

No es posible calificar como completo el ejercicio de creación de una norma ordinaria cuando no toma como referente lo que desde una perspectiva constitucional debería tomar, es decir, la regla de distribución contenida en LOOT.

La ausencia de reglas para la distribución de competencias puede significar una indebida intromisión de las autoridades que gobiernan el Estado en su conjunto para manejar asuntos que competen a las autoridades seccionales o locales.

Una posible indebida intromisión del legislador en esa materia podría verificarse en el contenido del Decreto 028 de 2008 cuando en lugar de diseñar una estrategia para el control y vigilancia del sector de agua potable y saneamiento básico, se erigió a si mismo como ejecutor de la estrategia y convino en unos alcances de tales competencias que podrían resultar excesivos si se toma como referente el contenido del Acto Legislativo 4 de 2007.

No es lo mismo la promoción de la distribución de competencias a la distribución, propiamente dicha, de tales competencias. La segunda se materializa con la distribución de la competencia, para lo cual, paradójicamente bastará al voluntad del legislador lo que *contrario sensu*, significa que si no hay voluntad no habrá delegación propiamente dicha. Desde la perspectiva del modelo propuesto, no es admisible plantear que en términos de distribución de competencias todo queda reservado a la amplia facultad de la que goza el legislador para tal ejercicio.

Debe entenderse que cuando se hace referencia a la promoción de la distribución de competencias, tal categoría lo que en realidad envuelve es un mandato a través de ley orgánica, para que el legislador, cuando esté determinando que una competencia debe ser ejercida por el Estado, debe cumplir reglas de distribución entre los distintos niveles territorial, incluyendo la Nación. Así, se limitaría la exagerada discrecionalidad que tendría, de no existir reglas de distribución de competencias.

3. Validación de la hipótesis

3.1. La asunción temporal de competencias y el proceso de descertificación en agua potable y saneamiento básico a la luz del modelo propuesto de distribución de competencias

Descritas algunas de las normas reguladoras del sector de agua potable y saneamiento básico y, particularmente aquellas disponibles para que, por una parte, el Gobierno Nacional monitoree, siga y controle el gasto ejecutado por las entidades territoriales con cargo al Sistema General de Participaciones (artículo 356 de la C.P.) y, por la otra, para que el Presidente de la República por intermedio de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios ejerza el control, inspección y la vigilancia, de los sujetos que prestan dichos servicios, a continuación se realiza un análisis de la asunción temporal de competencias y el proceso de descertificación en agua potable y saneamiento básico a la luz del modelo propuesto de distribución de competencias

3.2. Identificación de los elementos del modelo de distribución de competencias en el sector de agua potable y saneamiento básico desde la perspectiva del control

Antes de adentrarse en el análisis, conviene nuevamente precisar los elementos del modelo de distribución de competencias propuesto: a) los principios orientadores del ejercicio de competencias; b) las reglas de fijación de las competencias; y c) la asignación de competencias, propiamente dicha. A partir del análisis de ellos se pretende ilustrar sobre los efectos que la ausencia de uno de ellos, las reglas, generan sobre la descentralización y la autonomía territoriales.

a. Los principios orientadores del ejercicio de competencias

Desde la perspectiva del artículo 288 de la Constitución Política los principios orientadores para la distribución de competencias son coordinación, concurrencia y subsidiariedad. Por otro lado el inciso 5º del artículo 356 constitucional, expresa que, *“teniendo en cuenta los principios de solidaridad, complementariedad y subsidiariedad, la ley señalará los casos en los cuales la Nación podrá concurrir a la financiación de los gastos en los servicios que sean señalados por la ley como de competencia de los departamentos, distritos y municipios”*.

b. La asignación de competencias propiamente dicha

A nivel constitucional

En materia de la prestación de los servicios públicos de agua potable, alcantarillado y saneamiento básico, no existe una distribución de competencias entre los distintos niveles territoriales de gobierno, sin perjuicio de que según el inciso 20 del artículo 367 de la Constitución Política determine que *“Los servicios públicos domiciliarios se prestarán directamente por cada municipio cuando las características técnicas y económicas del servicio y las conveniencias generales lo permitan y aconsejen, y los departamentos cumplirán funciones de apoyo y coordinación”*, lo cual sí que significaría una regla de distribución de competencias, de acuerdo con la cual, en esta materia, el municipio, como regla general, presta directamente el servicio (cuando sea posible), mientras que el departamento apoya y coordina.

En materia del sector de agua potable y saneamiento básico, el cual se encuentra financiado con recursos del Sistema General de Participaciones, es posible advertir que el inciso 4º del artículo 356 constitucional anuncia que tanto departamentos como distritos y municipios tienen competencias en materia de agua potable y saneamiento básico. Lo propio hace el literal a) del inciso 5º del artículo 356 y el inciso 5º del artículo 357 de la C.P.

A nivel legal

La Ley 142 de 1994 en sus artículos 6, 7 y 8, respectivamente, establece las competencias para los municipios y distritos, departamentos y nación.

Por su parte la Ley 715 de 2001 regula las competencias de la nación y de las entidades territoriales en otros sectores susceptibles de financiarse con los recursos del Sistema General de Participaciones. Dentro de dichos sectores, con anterioridad a la expedición del acto legislativo 04 de 2007 y de la Ley 1176 del mismo año, figuraba el de agua potable y saneamiento básico. Los artículos 73 a 76 regulan la materia.

Como quiera que mediante la expedición del Acto Legislativo 04 de 2007, se desligó al sector de agua potable y saneamiento básico del componente del Propósito General del Sistema General de Participaciones, La ley 1176 de 2007⁷⁸ desarrolló las particulares competencias para los departamentos dentro del sector, en donde se destaca también la institución de la “certificación-descertificación”

3.3. La inexistencia de reglas para la definición de competencias

Conflictos en la aplicación de normas de control sobre el sector de agua potable y saneamiento básico

Lo que actualmente se observa dentro del sector de agua potable y saneamiento básico es que el gobierno nacional a través de dos órganos diferentes: la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, ejerce funciones de control sobre las entidades territoriales y particularmente sobre los municipios, funciones que eventualmente puede significar una colisión de las mismas ante la ausencia de una frontera clara entre unas y otras.

En efecto, si se fija la atención en las normas reguladoras del sector de agua potable y saneamiento básico desarrolladas en el punto 2.3 y siguientes de este escrito, se puede observar lo siguiente:

⁷⁸ Por la cual se desarrollan los artículos [356](#) y [357](#) de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones

Para los municipios, los efectos⁷⁹ del proceso de descertificación implica: i) la pérdida de competencias en el sector, las cuales se trasladan al departamento y ii) la pérdida de la administración del recurso originado en las transferencias del SGP-APSB que también se entregan al departamento.

En el caso de la asunción temporal de la competencia como una medida impuesta en el marco del Decreto 028 de 2008, los efectos para el municipio son la pérdida de la competencia en el sector y la pérdida de la administración de los recursos, los cuales pueden ser entregados al departamento para que los administre y cumpla con las competencias del municipio, que asume en virtud de la medida.

Así las cosas, los efectos de la descertificación establecida en el artículo 5 de la Ley 1176 de 2007 serían los mismos que se generan con la imposición de la medida preventiva denominada *“asunción temporal de la competencia”* que fue establecida por el Decreto 028 de 2008.

De esta forma, la Nación, en ejercicio de las competencias asignadas a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios puede estar imponiendo medidas de descertificación a los municipios generando efectos similares a los que la misma Nación impondría mediante la aplicación de la Estrategia de Monitoreo, Seguimiento y Control por parte de la Dirección General de Apoyo Fiscal del Ministerio de Hacienda y Crédito Público a través de la asunción temporal de la competencia.

Así, sin perjuicio de todos los efectos jurídicos que ello comportaría, no resulta racional imponer la asunción de competencia a un municipio descertificado y viceversa, es decir, descertificar a un municipio que está sin competencia y sin administración de los recursos del SGP-APSB en virtud de la imposición de la medida de asunción temporal de la competencia. En especial, porque no se le pueden retirar las competencias que un municipio ya no tiene, ni se le puede privar de la administración de unos recursos que no administra. Parecería ser que un procedimiento subsume al otro.

⁷⁹ Establecidos en el artículo 5 de la Ley 1176 de 2007 y en su decreto reglamentario 1040 de 2012.

En efecto, cuando, en virtud de la aplicación de la Estrategia de Monitoreo, Seguimiento y Control del Sistema General de Participaciones un municipio recibe la imposición de la medida preventiva denominada Plan de Desempeño, aquel debe cumplir con las actividades necesarias para extinguir los eventos de riesgo⁸⁰ que fueron determinados por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y que causaron la imposición de la medida. El cumplimiento de muchas de esas actividades requiere el ejercicio de las competencias establecidas en el artículo 5 de la Ley 142 de 1994 para garantizar la prestación del servicio y de las demás competencias sectoriales establecidas en las normas que permiten la gestión del sector, así como señaladas en la Ley 1176 de 2007.

⁸⁰El artículo 9 del decreto 028 de 2008, define los siguientes eventos de riesgo respecto al uso de recurso del Sistema General de Participaciones: 1. No envío de información conforme a los plazos, condiciones y formatos indicados por el Gobierno Nacional, y/o haber remitido o entregado información incompleta o errónea; 2. No haber entregado a los encargados de efectuar las auditorías, la información y/o soporte requeridos para su desarrollo, en los términos y oportunidad solicitados; 3. Presentar a la corporación de elección popular correspondiente un presupuesto no ajustado a las normas que rigen la programación y ejecución de los recursos del Sistema General de Participaciones; 4. Cambio en la destinación de los recursos, 5. Administración de los recursos en cuentas no autorizadas para su manejo o no registradas ante el Ministerio del sector al que correspondan los recursos; 6. Realización de operaciones financieras o de tesorería no autorizadas por la ley; 7. Registro contable de los recursos que no sigue las disposiciones legales vigentes; 8. Procesos de selección contractual en trámite cuyo objeto o actividades contractuales no se hallen orientados a asegurar la prestación del servicio en las condiciones definidas por la normatividad vigente, no cumplan con los fines para los cuales están destinados los recursos, o no aseguren el cumplimiento de metas de continuidad, cobertura y calidad en los servicios; 9. No disponer de interventores o supervisores de contratos y convenios y/o de un proceso de evaluación de informes de los interventores y supervisores; 10. No publicar los actos administrativos, contratos, convenios e informes, cuando la ley lo exija, 11. No disponer del Sistema de Identificación de Beneficiarios, Sisbén, o de estratificación, actualizados y en operación, bajo parámetros de calidad; 12. No cumplimiento de las condiciones de focalización, identificación de beneficiarios de programas sociales, estratificación y demás procedimientos previstos para la adecuada focalización y ejecución del gasto social; 13. No disponer de los mecanismos e instrumentos de participación ciudadana y de rendición de cuentas, cuando la ley lo exija; 14. La imposición de sanciones por parte de los organismos de control relacionadas con el uso de los recursos del Sistema General de Participaciones; 15. Afectación de los recursos del Sistema General de Participaciones con medidas cautelares; 16. No cumplimiento de las metas de continuidad, cobertura y calidad en los servicios, fijadas por la autoridad competente; 17. Suscripción, modificación o ejecución de contratos cuyo objeto o actividades contractuales no aseguren la prestación del servicio en las condiciones definidas por la normatividad vigente, no cumplan con los fines para los cuales están destinados los recursos, o no aseguren el cumplimiento de metas de continuidad, cobertura y calidad en los servicios; 18. Aquella situación que del análisis de la información obtenida en cualquier tiempo, resulte de inminente riesgo para la prestación adecuada del servicio, el cumplimiento de las metas de continuidad, cobertura y calidad en los servicios, o constituya desviación, uso indebido, ineficiente o inadecuado de los recursos del Sistema General de Participaciones.

Sin embargo, si el municipio que está ejecutando un Plan de Desempeño en los términos del Decreto 028 de 2008, y es descertificado, pierde las competencias y la administración de los recursos por la ejecutoria de la resolución de descertificación, lo que le impone trasladar todas sus obligaciones al departamento. De esta manera un Plan de Desempeño, estructurado en el marco del Decreto 028 de 2008 y establecido inicialmente para ser ejecutado por el municipio, tendría que ser, ahora ejecutado por el departamento como consecuencia de la descertificación.

Ahora bien, si un municipio descertificado es monitoreado por el Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público tendrá que imponerle una medida para que la ejecute el departamento. De esta manera, el monitoreo debe realizarse sobre el departamento en calidad de administrador y no sobre el municipio descertificado.

Por otra parte, si el monitoreo se realiza sobre indicadores de comportamiento sectorial y financiero, pero, de la vigencia en que el municipio se encontraba certificado, cuando se haga la evaluación en el marco de la estrategia de monitoreo seguimiento y control, es decir, en la vigencia fiscal siguiente, es posible que se le impongan medidas a quien apenas esta estrenándose como administrador temporal, es decir al departamento, lo cual también resultaría irracional, pues, convierte a éste en sujeto de una medida particular de control, a pesar, de que ninguna falla poder se imputable la situación.

Los anteriores son algunos casos de conflictos e irracionalidades en la aplicación de las normas de control analizadas.

3.4. Consecuencias de los conflictos de las normas de control sobre el sector de agua potable y saneamiento básico en el modelo de distribución de competencias

Un punto de partida para desarrollar este apartado es el reconocimiento de que la asunción temporal de competencias dentro del sector de agua potable y saneamiento básico, por niveles superiores de gobierno, es una consecuencia de la incapacidad de los municipios para ejecutarlas debidamente. Dicha asunción se origina en el control sobre el uso de los recursos que financian en el sector (Sistema General de participaciones) o

en el control sobre la prestación del servicio propiamente dicho (facultad de certificación o descertificación por la Superintendencia de Sociedades), es una materialización del principio de subsidiariedad desarrollado en páginas anteriores. De esta manera, la crítica no se centra en la posibilidad de que ante la evidencia de que un nivel de gobierno no esté en capacidad de ejecutar una competencia, otro nivel superior de gobierno lo desplace temporalmente en la ejecución de la competencia sino en los conflictos que una normatividad incompleta o mal diseñada genera.

Si ello es así, la pregunta que puede formularse inmediatamente es si la existencia de normas orgánicas fijadoras de reglas de distribución de competencias pudiera evitar la existencia del tipo de conflictos que se han descrito en el apartado inmediatamente anterior. La respuesta al interrogante formulado debería ser positiva. En efecto, cuando se desarrolló el apartado correspondiente a los ámbitos competenciales (numeral 2.1.3.), se manifestó, de un lado y apoyado en la doctrina, que en el terreno de los ámbitos competenciales se identifican tres: i) los relativos a la asignación de funciones de gobierno; ii) a la prestación de servicios y, iii) a la expedición de normas. De otro lado y en particular respecto las funciones de gobierno, se dijo a su vez que, existen tres tipos de funciones de gobierno una de las cuales es la de asignación de recursos.

Pues bien, el énfasis de la ley 142 de 1994 es la regulación sobre la prestación de servicios públicos domiciliarios dentro del cual figura el de agua potable y saneamiento básico y, el énfasis del Decreto 028 es la de asignación de recursos y en particular de los del Sistema General de Participaciones, y en uno y otro caso el gobierno nacional tiene la competencia de ejercer el control sobre uno y otro aspecto. Si ello es así, cómo puede explicarse la situación del conflicto de aplicación de las normas de control? Es decir, por qué un nivel territorial de gobierno (la Nación) en el que coexisten dos funciones de control, se puede presentar una eventual conflicto de competencias? La respuesta a este interrogante sugiere, en primer lugar que se descarte al ejecutivo como generador de la situación. En segundo lugar, exige fijar la atención en que el legislador ordinario (por oposición al orgánico, es decir, el que expide la ley orgánica) posee una gran discrecionalidad en la fijación de las instituciones de control administrativo, lo que a su vez le ofrece una rango de discrecionalidad alto cuyos efectos pueden ser como los descritos anteriormente.

La consideración respecto a lo dicho es que tal tipo de situaciones no debería verificarse si existiera ese componente del modelo de distribución de competencias que fijara reglas para dicha distribución. Una posible regla sería:

“Cuando el ejercicio del control sobre la prestación de servicios públicos domiciliarios y sobre el uso de recursos del sistema general de participaciones puede significar la asunción temporal de competencias de entidades territoriales, las medidas que se vayan a imponer serán establecidas y ejecutadas por el mismo órgano del gobierno nacional.”

3.5. Impacto del modelo actual de distribución de competencias en el sector de agua potable y saneamiento básico en la autonomía y descentralización.

Si se vuelve sobre las definiciones de descentralización y autonomía ya ofrecidas en el escrito (numeral 1.2), es decir, que la descentralización se define como *“un proceso de asignación de competencias y recursos desde la administración central del Estado, hacia las administraciones subnacionales⁸¹”*, y que la autonomía administrativa se traduce en que tales entidades *“tienen derecho a ejercer las competencias que les correspondan”*, entonces, la excesiva discrecionalidad del legislador al momento de fijar las competencias propiamente dichas, puede significar una sobrerregulación de materias que, debilitaría la descentralización por la vía de reducir o limitaría su radio de acción. Lo anterior es así porque en el terreno de la descentralización, la sobrerregulación podría conducir a una responsabilidad simplemente procedimental de las entidades territoriales ya que al ser el nivel nacional de gobierno quien diseño y establece de procesos, el nivel territorial restringe su participación a la mera ejecución mecánica de los mismos, desaprovechando la proximidad a los casos particulares y el fortalecimiento institucional que tales ejercicios comportan. Igualmente la afectación negativa de la autonomía se presenta ante la existencia de más de un órgano examinando la conducta de la entidad que están en cabeza de privarlo de la gestión de sus propios intereses y del ejercicio de sus propias competencias.

⁸¹ ESPITIA ZAMORA, Jorge E. “La descentralización fiscal y sus indicadores” en revista Economía Colombiana, Edición 318, mayo de 2007, Contraloría General de la República, Bogotá, 2009 p. 182.

4. Conclusiones

Con motivo del desarrollo del tema referido a la insuficiencia del modelo de distribución de competencias en Colombia y sus efectos sobre la descentralización y la autonomía de las entidades territoriales se ha arribado las siguientes conclusiones:

4.1. Referidas al modelo de distribución de competencias

- Es posible estructurar un modelo de distribución de competencias donde sus elementos son: los principios, las reglas de distribución y la distribución de competencias propiamente dichas.
- Las reglas de distribución de competencias se constituyen en elemento ausente dentro del modelo de distribución.
- Las reglas de distribución de competencias, que deberían ser materia de la ley orgánica de ordenamiento territorial, no fueron desarrolladas en la Ley 1454 de 2011, *“Por la cual se dictan normas orgánicas sobre ordenamiento territorial y se modifican otras disposiciones”*.
- El legislador orgánico, en su tarea de desarrollar integralmente el modelo y particularmente al momento de identificar reglas de distribución de competencias cuenta con suficientes criterios para llevar a cabo el ejercicio.
- Para efectos de determinar las reglas para la fijación de competencias es posible tomar como referente la evidencia de diferentes tipos de competencias, según, su forma de ejercicio y la articulación del mismo. Igualmente para dicha tarea y a partir de la claridad respecto a los ámbitos competenciales será posible identificar ámbitos relativos a la asignación de funciones de gobierno, a la prestación de servicios y a la fijación de competencias normativas.

- La inexistencia de las reglas de distribución dentro de la LOOT, otorgan al legislador ordinario un poder discrecional excesivo a la hora de realizar la distribución de competencias propiamente dicha.
- La inexistencia de las reglas de distribución dentro de la LOOT también puede afectar el ejercicio de control judicial sobre las leyes y actos administrativos referidos al tema.
- No es posible desarrollar normas que profundicen la distribución de competencias entre distintos niveles de la administración pública si no existe un límite al legislador ordinario, a través de reglas de distribución para la fijación de competencias en las entidades territoriales.
- La asignación de competencias sin reglas de distribución, afecta la descentralización como modelo de administración, como quiera que el legislador ordinario no obedece a un marco sistemático trazado en la ley orgánica para tal fin.
- Ante la ausencia de reglas para la distribución de competencias, el Estado, a través del legislador, puede excederse en su potestad reguladora afectando con ello el derecho que tienen las entidades territoriales a ejercer las competencias conforme unas reglas previamente establecidas, es decir la autonomía.
- No es posible calificar como completo el ejercicio de creación de una norma ordinaria cuando no toma como referente lo que desde una perspectiva constitucional debería tomar, es decir, la regla de distribución contenida en LOOT.
- No es lo mismo la promoción de la distribución de competencias a la distribución, propiamente dicha, de tales competencias. La segunda se materializa con la distribución de la competencia, para lo cual, paradójicamente bastará al voluntad del legislador lo que contrario sensu, significa que si no hay voluntad no habrá delegación propiamente dicha. Desde la perspectiva del modelo propuesto, no es admisible plantear que en términos de distribución de competencias todo queda reservado a la amplia facultad de la que goza el legislador para tal ejercicio.

- Debe entenderse que cuando se hace referencia a la promoción de la distribución de competencias, tal categoría lo que en realidad envuelve es un mandato a través de ley orgánica, para que el legislador, cuando esté determinando que una competencia debe ser ejercida por el Estado, debe cumplir reglas de distribución entre los distintos niveles territorial, incluyendo la Nación. Así, se limitaría la exagerada discrecionalidad que tendría, de no existir reglas de distribución de competencias.

4.2. Referidas a la competencia de control sobre el sector agua potable y saneamiento básico

- Existe un doble marco normativo para efectos de llevar a cabo la vigilancia y control sobre el sector de agua potable y saneamiento básico
- Existe un tipo de control sobre el uso de los recursos del SGP que sirven de fuente de financiación al sector, que lleva a cabo el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, desarrollado mediante el Decreto 028 de 2000, norma que, en criterio de la Corte Constitucional, tiene fuerza de ley.
- Existe otro tipo de control que se realiza sobre la prestación, propiamente dicha, del servicio de agua potable y saneamiento básicos, que es llevado a cabo por la Superintendencia de Servicios Públicos domiciliarios, a través de la institución de la descertificación y que tiene como referente normativo la Ley 1176 de 2007.

4.3. Referidas a la insuficiencia del modelo de distribución de competencias y su impacto sobre la descentralización y autonomía territoriales en el marco del control del Sistema General de Participaciones y las regulación de la prestación del servicio público de agua potable y saneamiento básico

- La ausencia de reglas para la distribución de competencias puede significar una indebida intromisión de las autoridades que gobiernan el Estado en su conjunto para manejar asuntos que competen a las autoridades seccionales o locales.

- Una posible indebida intromisión del legislador en esa materia podría verificarse en el contenido del Decreto 028 de 2008 cuando en lugar de diseñar una estrategia para el control y vigilancia del sector de agua potable y saneamiento básico, se erigió a sí mismo como ejecutor de la estrategia y convino en unos alcances de tales competencias que podrían resultar excesivos si se toma como referente el contenido del Acto Legislativo 4 de 2007.
- La ausencia de reglas de distribución de competencias y en particular respecto al ejercicio del control a cargo del nivel nacional de gobierno genera conflictos de competencias entre órganos del mismo nivel, que no se compadecen con un adecuado modelo de descentralización.

La ausencia de reglas de distribución de competencias y en particular respecto al ejercicio del control a cargo del nivel nacional de gobierno, genera conflictos de competencias entre órganos del mismo nivel, que lesionan los derechos de las entidades territoriales y en particular aquellos referidos a la administración de sus recursos y a la gestión de sus intereses, es decir, lesionan la autonomía territorial en sus expresiones financieras y presupuestales

Las conclusiones constituyen un capítulo independiente y presentan, en forma lógica, los resultados del trabajo. Las conclusiones deben ser la respuesta a los objetivos o propósitos planteados. Se deben titular con la palabra conclusiones en el mismo formato de los títulos de los capítulos anteriores (Títulos primer nivel), precedida por el numeral correspondiente (según la presente plantilla).

Las conclusiones deben contemplar las perspectivas de la investigación, las cuales son sugerencias, proyecciones o alternativas que se presentan para modificar, cambiar o incidir sobre una situación específica o una problemática encontrada. Pueden presentarse como un texto con características argumentativas, resultado de una reflexión acerca del trabajo de investigación.

Bibliografía

ACOSTA, Olga Lucía y otros “Relaciones fiscales entre el Distrito Especial de Bogotá y la Nación” en Revista *Coyuntura Social* Numero 18 Mayo de 1998, Fundación para la Educación Superior y el Desarrollo - Fedesarrollo. Bogotá, 1998.

ALESINA, Alberto y otros, “Descentralización en Colombia” en Reformas Institucionales en Colombia Fedesarrollo. Bogotá, 2002.

ALEXY, Robert “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12471730982570739687891/cuadern_o5/Doxa5_07.pdf. Fecha de consulta [noviembre 20 de 2009].

ARIAS GÓMEZ, Helmuth, “La descentralización en Colombia y las autonomías en España” en *Documentos de Trabajo* No. 26 Universidad Externado de Colombia Bogotá, 2009.

ARIZMENDI POSADA, Octavio, El principio de subsidiariedad y el problema de las fronteras del Estado y la sociedad civil. Disponible en <http://biblioteca.unisabana.edu.co/revistas/index.php/dikaion/article/viewArticle/449/1213>. Fecha de consulta, 30 de noviembre de 2009.

AYALA CALDAS, Jorge Enrique. Estructura de la rama ejecutiva en Colombia. Ediciones Doctrina y ley Ltda. Bogotá, Primera Edición 2009,

AZAÑA, Manuel “Sobre la autonomía Política de Cataluña” Editorial Tecnos, Madrid 2005.

BARRIOS SUVELZA, Franz Xavier “El lastre cognitivo de par conceptual ‘Unitario vs. Federal’” en *Revista del CLAD Reforma y Democracia* No. 44. Cetro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo. Caracas, 2009.

BANCO MUNDIAL, “Entrando al Siglo XXI”, Informe del Desarrollo Mundial 1999-2000.

BLÁZQUEZ NAVARRO, Irene. “La distribución de competencias económicas en la U.E: Aplicabilidad de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad”. En *Información Comercial Española - ICE*. Enero –febrero de 2005 No. 820. Ministerio de Industria, Turismo y Comercio.

CASTRO CASTRO, Jaime, “La cuestión territorial”, Editorial Oveja Negra, Primera edición Bogotá, 2002.

CARRASCO DURÁN, Manuel, “El reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas sobre la actividad económica”. Generalitat de Catalunya Instituto de Estudios Autonómicos y Federales. Valencia 2005.

CARRE DE MALBERG R. Teoría general del estado. Versión española de José Lión Depetre. Fondo De Cultura económica. Mexico. 1948

CÉSPEDES, Diego León, “Actos administrativos municipales”, Leyer Bogotá, 2000.

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Colección “Análisis sectorial y de políticas públicas. Informe 13. La transición hacia el ajuste fiscal en las entidades territoriales. Bogotá, 2002.

CORTÉS, Carlos Alberto. Régimen Político Municipal. Legis, Segunda Edición, Bogotá, 1990.

CHARRY U. Juan Manuel.”El sistema normativo de la Constitución de 1991”. Temis, Bogotá, 1997.

DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN, “Orientaciones para la programación y ejecución de los recursos del sistema general de participaciones SGP 2009” República de Colombia Bogotá, 2009.

ECHEVERRY URUBURU, Álvaro. “Teoría constitucional y ciencia política. Fondo de Publicaciones FUAC. Segunda Edición. 1984.

ESPITIA ZAMORA, Jorge E. “La descentralización fiscal y sus indicadores” en revista Economía Colombiana, Edición 318, mayo de 2007, Contraloría General de la República, Bogotá, 2009.

FERNÁNDEZ, Donato, “El Modelo Económico de la UE”. En Revista ICE- Información Comercial Española, Enero- febrero 2005 No. 820.

FERNÁNDEZ NAVARRETE, Donato. “Presentación del Modelo económico de la UE” En *Información Comercial Española - ICE*. Enero –febrero de 2005 No. 820. Ministerio de Industria, Turismo y Comercio.

FRÍAS, Pedro de J. “Derecho Federal”. En *Tendencias actuales del derecho*. José Luis Soberanes Fernández. Compilador. Fondo de Cultura Económica. México 2001.

GUIZZI, Vincenzo. “El ordenamiento jurídico comunitario. Un ejemplo de integración”. En *Tendencias actuales del derecho*. José Luis Soberanes Fernández. Compilador. Fondo de Cultura Económica. México 2001.

HENAO HIDRÓN, Javier. “Panorama del Derecho Constitucional colombiano”. Temis, Décima edición, 1996.

HERNÁNDEZ BECERRA, Augusto. “*Ordenamiento y desarreglo territorial de Colombia*”. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2001.

HERNÁNDEZ M., Pedro a. “Descentralización, desconcentración y delegación en Colombia”, Legis, Primera Edición, Bogotá, 2000.

IREGUI, Ana María, RAMOS, Jorge, SAAVEDRA, Ana María. “Análisis de la descentralización fiscal en Colombia” Disponible en Internet: [<http://www.banrep.gov.co/docum/ftp/borra175.pdf>], Fecha de Consulta: [11 de mayo de 2010].

LOW MURTRA, Enrique y GÓMEZ RICARDO, Jorge. Teoría Fiscal. Universidad Externado de Colombia. Tercera Edición. Bogotá, 1996, p. 410.

MADRAZO, Jorge. “Derecho Federal”. En *Tendencias actuales del derecho*. José Luis Soberanes Fernández. Compilador. Fondo de Cultura Económica. México 2001.

MARQUARDT, Bernd “El federalismo y el regionalismo en el constitucionalismo hispanoamericano (1810 – 2009): ¿patria boba o un camino para profundizar la democracia? en Revista *Pensamiento Jurídico*, No. 24 enero – abril de 2009, Universidad Nacional de Colombia 2009.

MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO. “Guía para la ejecución, monitoreo, seguimiento y control a los recursos del Sistema General de Participaciones. Dirección General de Apoyo Fiscal.”. Bogotá, octubre de 2013.

OSSA ARBELÁEZ, Jaime. “Derecho administrativo sancionador”. Legis Primera Edición. Bogotá, 2000.

PAREJO ALFONSO, Luciano. “Lecciones de Derecho Administrativo”. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia 2007.

PELAYO GARCÍA, Manuel. “El estado social y sus implicaciones”.

PIEDRAHITA PLATA, Francisco “Autonomía, competencias y recursos de las entidades territoriales en la constitución colombiana.

SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando “Tratado de Derecho Administrativo. Tomo I. Universidad Externado de Colombia. Tercera edición. Bogotá, 2003.

RIVERO ORTEGA, Ricardo. “Derecho Administrativo Económico”. Marcial Pons. Madrid 2009.

RODRÍGUEZ, Libardo, “Derecho Administrativo”. Temis, Segunda edición, Bogotá, 1990.

SAGAWÉ, Thorsten. “Niveles supramunicipales y niveles intermedios en la construcción de los estados modernos.” En *Historias de descentralización*. Restrepo, Darío I. Editor. GTZ y Universidad Nacional. Bogotá. 2006.

SIERRA PORTO, Humberto. “Concepto y tipos de ley en la Constitución Política colombiana”. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 1998.

THIENEL, Rudolf. “El concepto de Estado Federal en la Teoría Pura del derecho.” En *Problemas centrales de la teoría pura del derecho*. Walter, Robert Editor. Universidad Externado de Colombia.

TORRES ALZATE, Hernán, “Compendio de normas que rigen la gestión municipal”, Biblioteca Jurídica Dike y Bancafé. Primera Edición, Bogotá, 2004.

TRUJILLO MUÑOZ, Augusto. “Descentralización, regionalización y autonomía local”. Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2001.

UPRIMNY YEPES, Rodrigo en “Bloque de Constitucionalidad en Colombia”, Disponible en [[www. dejusticia.org/admin/file.php?table=documentos...field...id.](http://www.dejusticia.org/admin/file.php?table=documentos...field...id.)]. Fecha de consulta [26 de noviembre de 2009].

VIDAL PERDOMO, Jaime, “Derecho Administrativo”. Temis Novena Edición Bogotá, 1997.

WORLD BANK. “Implementation completion and results report”. April 28, 2011.

YOUNES MORENO, Diego. "Curso de Derecho Administrativo". Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Quinta Edición. Bogotá, 1995.

ZORNOZA PÉREZ, Juan José. Muñoz Martínez, Gabriel. "El Sistema normativo del derecho fiscal", en Curso de Derecho Fiscal. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1ª edición 2007.

ZULUAGA GIL, Ricardo. "La organización territorial en la Constitución de 1991. Centralismo o autonomía". Pontificia Universidad Javeriana Cali, 1ª edición. Cali 2002.