

DEL RÉGIMEN DEPARTAMENTAL

(Capítulo II de la Organización Territorial)

Wilson Herrera Llanos*

Resumen

El papel de intermediación normativa, asignación constitucional de responsabilidades de planificación y coordinación de esfuerzos municipales que la Constitución de 1991 asignó a los departamentos no podrá ser materializado mientras no se produzca un cambio sustancial en el manejo administrativo de los servidores y en la cultura electoral de las regiones. Tal situación nos lleva a dudar de la posibilidad e importancia que puede tener su participación en la constitución de las regiones administrativas y de planificación.

Palabras clave: Departamentos, organización territorial.

Abstract

The role played by the normative intermediation as granted by the 1991 Constitution to the departamentos and which consists in the constitutional designation of the planning and coordination responsibilities of the municipalities efforts, will not be materialized until there is a striking change in the administrative management of the servers and the voting culture of the regions; this situation leads us to doubt about the possibilities and importance that they may have in the constitution of administrative regions and planning.

Key words: Departamentos, territorial organization.

Fecha de recepción: 13 de agosto de 2001

* Abogado, especializado en Derecho Administrativo. Profesor de Constitucional Colombiano y Procedimiento Administrativo de la Universidad del Norte.

I. ANTECEDENTES Y PRESENTACIÓN DEL TEMA

Después de todo un infausto y septuagenario período de infantil polémica histórica sobre la mejor forma de distribuir territorial y administrativamente el poder político en Colombia, el 5 de agosto de 1886 se declaró constitucionalmente que los «estados soberanos», que constituían la Unión al tenor de la Carta de 1863, llevarían el nombre de «departamentos» como secciones de la estructura territorial y administrativa del país que funcionarían bajo la fórmula organizativa de Centralización política y la descentralización administrativa.

Desde ese momento y durante más de 100 años, la figura del Departamento, por su carácter eminentemente burocrático y artificial, fue blanco de lo que algunos han considerado la más razonable censura, pero en un momento culminante de sus detractores y de la corriente regionalista, y a pesar de ellos, volvió a surgir la institución departamental imponiéndose en el seno del constituyente de 1991 con fundamento en la imperiosa e inaplazable necesidad de una instancia administrativa intermedia entre la Nación y los Municipios¹.

Nos dijo, en esa ocasión, el profesor Naranjo Mesa² que «[...] la reforma al régimen departamental se adelantó con base en las siguientes premisas:

- a) que el departamento debe seguir siendo la instancia intermedia entre la Nación –entidad no territorial– y el Municipio, basada esa intermediación en los principios de subsidiariedad y concurrencia;
- b) que el Departamento sea el responsable directo de la planificación del desarrollo económico y social dentro de su propio territorio;
- c) que en lo referente a la prestación de los servicios públicos, el departamento cumpla frente a los municipios un papel a la vez subsidiario y concurrente;
- d) que el departamento debe ser un coordinador de los esfuerzos de los municipios, pero no por la vía de la imposición sino como palanca del desarrollo local;
- e) que se deben erradicar los vicios y fallas que se han detectado en el manejo y administración de los departamentos y que a muchos ha llevado a la ruina,

¹ DÍAZ ARENAS, Pedro Agustín, *Constitución Política*. Bogotá, Temis 1993, p. 468.

² NARANJO MESA, Vladimiro, «Ordenamiento territorial en la Constitución de 1991». *Revista Derecho Público*, Universidad de los Andes, 1993, p. 4.

destacando la corrupción administrativa, el burocratismo, el clientelismo político, la improvisación, la ineficiencia, la inestabilidad, la corruptela de las contralorías, la falta de auténtico control ciudadano y adecuados sistemas de evaluación de resultados, el mal funcionamiento de las asambleas, etc.»

Sin lugar a dudas, esa última pretensión del constituyente, señalada por el autor en el literal e) anterior, no sólo es la base conceptual y requisito esencial para lograr el correcto funcionamiento de cualquier reforma, sino que, por fuera de las recurrentes teorías, estudios y proyectos de las selectas comisiones intersectoriales, es lo que se fundamenta objetivamente en una sincera y real expresión de voluntad política general que es la que, a nuestro juicio, puede ayudar a mejorar las costumbres ciudadanas, la mentalidad de las gentes, el comportamiento y educación de las personas, los criterios éticos, la formación moral y, sobre todo, las mínimas condiciones materiales y espirituales de vida proporcionada por los estados.

Es así como, después de la reforma constitucional de 1991, la práctica ha demostrado que de nada han valido hasta ahora, ni valdrán en el futuro, la supuesta intermediación normativa de los departamentos, la asignación constitucional de su responsabilidad de planificar el desarrollo económico y social, ni su papel como coordinador del esfuerzo municipal, todas estas prerrogativas nuevas asignadas en pro de la figura del departamento, si los gobernadores, sus más altos ejecutivos, y los diputados sólo aúnan esfuerzos para adelantar proyectos incoherentes, montar maquinarias e impulsar contratos, ineficaces frente al desarrollo pero efectivos en participaciones y beneficios económicos y políticos particulares, si el resto de servidores sólo aplica la cultura del oportuno enriquecimiento y sí, por su parte, la masa popular sigue viviendo en las precarias condiciones económicas y culturales que emulan y cultivan la venta de sus favores electorales.

Hoy, después de 10 años de vigencia de esta supuesta «revitalización» departamental, sin que se hubiera tenido la voluntad política de cumplir con el mandato del artículo 288 constitucional sobre la expedición de una Ley de Ordenamiento Territorial que promoviera el equilibrio y la solidaridad entre la Nación y los entes territoriales, nuevamente se arrecian las viejas sindicaciones al departamento como departamento al amparo de una «ahora sí», indudable necesidad de regionalizar al país y de la soñadora «gran visión de un país de regiones»; todo lo cual nos hace retrotraernos a la primigenia problemática sobre la forma expedita para distribuir o ejercer, funcional y equitativamente, el poder político y administrativo en Colombia, manteniendo olvidada la esencia del problema del desarrollo y de la satisfacción real de las necesidades sociales.

Nuevamente se integran, entonces, «encuentros nacionales» y se agita, con corte sociológico, político y jurídico, el discurso supuestamente innovador que promueve una reforma constitucional de turno, satanizando la figura departamental y sacralizando la regional con sustento en la necesidad, siempre atractiva, de detener el centralismo autoritario y reorganizar, otra vez, a la Nación en un nuevo tipo de Estado.

Sin entrar a la explicación del tema de la «Regionalización», que corresponde a un próximo capítulo, creemos que, tal como lo hemos venido afirmando, hoy, cuando más de 600 municipios del país se encuentran en un total desamparo institucional bajo el imperio atroz de la violencia ciega y anárquica, no es posible pensar en una modificación del ordenamiento territorial a partir de una forma regional de organización sin antes derrotar la actual imposibilidad material de abrir fuentes de trabajo, racionalizar la economía o lograr la optimización de los propios recursos locales, porque sólo en ejercicio de la paz económica, de la paz laboral, de la paz educativa, vale decir, de aquella condición social de equilibrio y confianza mínimos, se puede convocar, dirigir y mantener una seria voluntad de reorganización territorial y administrativa.

Los diez años transcurridos desde que vio la luz la Carta de 1991 sin desarrollar plenamente las nuevas competencias departamentales y sin adelantar lucha alguna contra los viejos lastres sociales, culturales y económicos que siempre han tenido estas entidades y que se pretendían sanar pero, especialmente, sin poder darle cumplimiento a la previsión constitucional de que los departamentos se constituyeran en «regiones administrativas y de planificación» de su propio desarrollo, como elemental y primigenio paso obligado a la conformación de una nueva entidad territorial, nos da la razón para desconfiar de la ahora reiterada inminencia de una «República Regional Unitaria» que supuestamente avanza a pesar del conflicto armado y de la dura situación socioeconómica producida por éste.³

Esperaremos, sin embargo, los efectos de la Ley 617 del 6 de octubre del año 2000 expedida por el Congreso para fortalecer la descentralización en la que, después de categorizar a los departamentos, establecer normas de saneamiento fiscal como las relativas a sus gastos de funcionamiento, de racionalización de sus fiscos como la asociación de departamentos para los servicios, de viabilidad financiera y de mecanismos para la transparencia

³ FALS BORDA, Orlando. «Encuentro Nacional de Regiones, 2001».

de sus gestiones, pretende abrir una nueva posibilidad con fundamento en nuevas reglas, nuevos esquemas, nuevas instituciones, pero sin que, por otra parte, paralelamente, se trabajen los elementos esenciales del cambio en que insistimos,

II. LA NOCIÓN DE DEPARTAMENTO

Para entender la plena dimensión de esta categoría es importante precisar que si bien es cierto, según lo afirma la Corte⁴, la Constitución de 1991 revela una tendencia marcada hacia la acentuación de la descentralización y la autonomía concedida a las entidades territoriales, no sólo por atribuirles competencias propias sino por entregarles poderes exigibles y oponibles a las autoridades de los niveles superiores, es claro, igualmente, que, en materia de la autonomía, ésta aparece siempre limitada por el mandato legal, ya que, a juicio del alto Tribunal, «[...] es la única forma de mantener la forma unitaria del Estado y la vigencia de la centralización política»⁵, que, entre otras cosas, es lo que se propone el texto claro del último inciso del artículo 298 constitucional al deferir a la ley la reglamentación de las atribuciones departamentales.

Y es que resulta bien sabido, como lo dice la Corte Constitucional⁶, que las limitaciones que comporta la descentralización territorial en el marco del Estado unitario devienen de la existencia de su unidad legislativa inmodificable por las autoridades locales, al contrario de lo que ocurre en el Estado Federal, y se explican por el manejo unificado del Estado bajo la filosofía del llamado control de tutela.

En otra de sus famosas providencias⁷, la misma Corporación explica que corresponde a las autoridades de los diferentes niveles territoriales ejercer la potestad reglamentaria de la preceptiva legal para darle concreción y especificidad, de modo que, con sujeción a sus parámetros, dispongan lo conducente a la adecuada y eficiente prestación de los servicios públicos según las características de las necesidades locales.

Los departamentos son, pues, sólo sectores de la circunscripción territorial del país, integrados por distritos, municipios y territorios indígenas

⁴ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-126-93, 30 de marzo de 1993. M.P.: Antonio Barrera.

⁵ *Ibidem*.

⁶ Sentencia C-471-95, 19 de octubre de 1995. M.P.: Hernando Herrera Vergara.

⁷ Sentencia 517 de septiembre 19/92. M.P.: Ciro Angarita.

que han sido dotados por la ley con personería jurídica y autonomía administrativa y financiera para el manejo de sus propios asuntos y para la planificación y promoción del desarrollo económico y social de su propio territorio⁸, y nunca unas entidades autónomas como algunos han pretendido.

Con ponencia de Ciro Angarita Barón, la Corte⁹ Constitucional nos delimitó el concepto de Autonomía al decir que

[...] si bien el concepto de autonomía implica un cambio sustancial en las relaciones centro-periferia, debe en todo caso ser entendida dentro del marco general del Estado Unitario. De esta forma, a la ley le corresponderá definir y defender los intereses nacionales, y para ello puede intervenir en los asuntos locales, siempre que no se trate de materia de competencia exclusiva de las entidades territoriales.

En cualquier caso, hay que tener en cuenta que de lo que se trata es de armonizar los distintos intereses y no simplemente de delimitarlos y separarlos. Por eso generalmente las competencias que se ejercen en los distintos niveles no son excluyentes, por el contrario, dichas competencias, como lo señala la propia Constitución, deben ejercerse dentro de los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad.

Para lograr el cometido constitucional, pues, los departamentos ejercen (o, más bien, deben ejercer) funciones administrativas de coordinación y complementariedad de la acción municipal, de intermediación entre la Nación y los Municipios y de prestación de los servicios que determine la Constitución y las leyes¹⁰.

Mediante estas funciones, el departamento puede hacer concertar metódicamente la acción de sus municipios, completar la acción de ellos de manera subsidiaria, prestarles algunos servicios y servir de comunicación directa entre éstos y la Nación para el desarrollo armónico de todo su territorio en particular y de la Nación en general, pero siempre bajo la égida de un poder central que sienta las bases, orienta y controla.

Por lo anterior, y teniendo en cuenta que según el artículo 286 constitucional el Departamento es una de las entidades territoriales en que

⁸ Artículo 298 constitucional.

⁹ Sentencia C-004 de 1993. M.P.: Ciro Angarita Barón.

¹⁰ *Ibid.*

se divide el país, podríamos aceptar como un intento de definición de aquél la que nos ofrece el Proyecto de Ley Orgánica Territorial de la Comisión Intersectorial¹¹:

Son entidades territoriales de nivel intermedio de gobierno entre la Nación y los Distritos, Municipios y los Territorios Indígenas, con autonomía para la gestión de sus propios asuntos, dentro de los límites señalados por la Constitución y la Ley» y que, además, «están instituidos para administrar los asuntos seccionales, planificar el desarrollo económico y social, promover el bienestar de la comunidad y fomentar el desarrollo integral dentro de su territorio.

III. LAS FUNCIONES DEPARTAMENTALES Y SUS RAZONES IMPEDITIVAS

Dada la noción anterior, y con la guía precisa del artículo 298 constitucional, podemos señalar que además de las muy destacadas funciones departamentales¹² de coordinación y complementariedad municipal y de intermediación en la relación Nación-Municipio, es importante destacar otras como la de prestar «tutela» a los municipios de su territorio; prestar determinados servicios públicos, y planificar y promover el desarrollo económico y social.

En relación con la primera dice el profesor citado que si bien es cierto que la Carta de 1991 no trae un claro mandato en dicho sentido, como lo hacía el viejo artículo 182 de 1886, dicha tutela se desprende claramente de otros mandatos constitucionales, como los del ordinal 2º del artículo 300, que ordena a las asambleas departamentales expedir normas relacionadas con la planificación, el desarrollo económico y social, el apoyo financiero y crediticio a los municipios, lo mismo que el artículo 272, sobre la especial vigilancia de la acción municipal por las contralorías departamentales, y el numeral 10 del artículo 305, sobre la revisión de constitucionalidad e ilegalidad de actos municipales.

Como es sabido¹³, en relación con la prestación de determinados servicios públicos por parte de los departamentos, ésta depende de la distribución constitucional de los mismos y de los que por mandato de ella

¹¹ Proyecto Unidad de Desarrollo Territorial, 1999, p. 8.

¹² PÉREZ ESCOBAR, Jacobo, *Derecho Constitucional Colombiano*, 5ª ed. Bogotá, Temis, 1997, p. 695.

¹³ Artículo 356 de la Constitución de 1991, modificado por el Acto Legislativo 01 de 1993.

señale la Ley, ya que ésta es una función que se explica como desarrollo de la reordenación administrativa que impone una cada vez mayor política de descentralización del Estado colombiano y de la necesaria redistribución de las competencias estatales, ya que dentro de toda reordenación territorial y administrativa es obvio que se fijen o distribuyan no sólo los ingresos sino también la atención de las necesidades locales y generales, y de lo que se trató, en 1991, fue de revisar un vetusto modelo económico, social y político fuertemente enmarcado en el pasado bajo los criterios de un riguroso centralismo excluyente, a través del fortalecimiento y apoyo a las entidades territoriales.

La Constitución denomina el tema, en el capítulo IV de su Título XII, como «Distribución de Recursos y de Competencias», y en cumplimiento de estos principios, la ley 60 de 1993 determinó los servicios y las competencias que en materia social están a cargo de la Nación y de las entidades territoriales, y fijó al mismo tiempo la distribución de los Ingresos nacionales, las diferentes participaciones locales y los procedimientos de su ejecución, que será comentado en tema posterior de este programa.

Finalmente, el deber departamental de planificar y promover el desarrollo económico y social de su territorio a más de reflejar, como la que más, la función típica de autonomía administrativa, se cumple mediante la coordinación de toda acción administrativa de asambleas y gobernadores hacia el único fin de promover y lograr desarrollo armónico de todo el departamento en lo social y en lo económico.

Se dice que se planifica el desarrollo departamental cuando se ordena, regula y orienta toda la acción pública y privada de un territorio departamental determinado en los aspectos sociales, culturales, financieros, económicos, físico, jurídico y administrativo con el único fin de utilizar en mejor forma los recursos existentes y lograr mejorar la calidad de vida de sus gentes.

Los departamentos, además, a través de sus organismos de planeación son los encargados de hacer la evaluación de gestión y resultados sobre los planes y programas de desarrollo e inversión de los mismos departamentos y de los municipios participando en la preparación de los presupuestos de estos últimos en los términos que señale la ley, como lo indica el artículo 344 constitucional.

Todas estas funciones no siempre tienen feliz realización, y como las circunstancias que de manera reiterada las impiden constituyen los

argumentos de los detractores de la figura departamental, debemos ensayar su examen.

Así, por ejemplo, se dice, y es cierto, que en materia de estructura organizacional y operativa, los gastos de funcionamiento de los departamentos son mayores a los de inversión, que la escogencia de su personal no obedece a razones técnico-administrativas sino puramente electorales.

Afirmar que este defecto es plena prueba en contra de la eficacia, importancia o funcionalidad de la figura del Departamento es absolutamente errado, porque tales defectos dependen de la formación humana de sus dirigentes, su estructura mental y su nivel de compromiso con una verdadera vocación de servicio, de manera que cualquiera figura organizacional que se imponga, si se persiste en tales fallas, ellas se trasladarán a la nueva institución.

Porque si en un solo cuerpo departamental se dan estos vicios, agrupar varios departamentos similares para integrarlos en una nueva corporación, entidad, órgano o persona, sin atacar de fondo los males causales, es aumentar el defecto, es decir, mucho mayor será el desfase entre los gastos de funcionamiento con los de inversión; mucho mayor la ineptitud en el personal y mucho mayor el interés burocrático y el rechazo a cualquier imperativo de técnica administrativa.

También se dice, por ejemplo, y es cierto, que cada vez más el interés por las transferencias nacionales reducen el esfuerzo fiscal de los departamentos, lo que vuelve la discusión a los mismos argumentos del punto anterior, porque se trata de vicios de comportamiento atribuibles a ausencia de compromiso, a fallas en los mecanismos de control ciudadano, etc., pero no a la figura del departamento.

En la ponencia General presentada por Gustavo Zafra, que aparece en la *Gaceta Constitucional* N° 42 de abril 10 de 1991¹⁴, éste señaló, como múltiples factores que dificultan el adecuado funcionamiento de los departamentos, a título enunciativo, los siguientes:

[...] el clientelismo, el burocratismo, la falta de propósitos, la corrupción, la pérdida de legitimidad, el centralismo, la administración ineficiente y sin objetivos, la inestabilidad de los gobernadores, la pérdida de eficacia de las

¹⁴ DÍAZ ARENAS, *op. cit.*, p. 469.

asambleas, la ineficiencia y la corrupción de las contralorías, la falta de controles sociales y políticos, la falta de evaluación de resultados, la pérdida de protagonismo de los departamentos frente a los Municipios...

Como puede verse, lo relativo a la inestabilidad de los gobernadores, la falta de evaluación de resultados y la falta de protagonismo de los departamentos ante los municipios, que fueron corregidos normativamente en la Constitución de 1991, se refieren a aspectos puramente estructurales, a aspectos éticos, de compromiso o de voluntad de servicio, que como los demás, son vicios que bien pueden predicarse de un departamento o de una región o de una comunidad autónoma o de una república.

IV. DE LA ADMINISTRACIÓN DEPARTAMENTAL Y PRIMERAMENTE DE LAS ASAMBLEAS DEPARTAMENTALES

Noción general

El departamento como entidad territorial ejerce una función administrativa y su administración le corresponde a la Asamblea Departamental y al Gobernador.

La primera es definida constitucionalmente, en el artículo 299 superior, como una Corporación administrativa de elección popular con autonomía administrativa y presupuesto propio, y el segundo, como jefe de la administración seccional y representante legal del departamento.

Al explicar el carácter administrativo de la Asamblea Departamental, el Consejo de Estado¹⁵, para negar que estas entidades hubieren tenido alguna vez una función legislativa en el orden departamental, como se quiso creer en algunos sectores, señaló que desde la Constitución de 1886 se establecieron las asambleas como corporaciones administrativas y que igual criterio se mantuvo en las reformas constitucionales de 1907, 1910 y 1945 sin que hubiere, en todo ese tiempo, solución de continuidad en el sistema y que, por otra parte, la noción de acto administrativo que desde el punto de vista formal y organicista consagraba el artículo 62 del viejo Código Administrativo contenido en la Ley 167 de 1941, daba a las ordenanzas esa categoría jurídica.

¹⁵ SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Sentencia de marzo 26 de 1963.

A pesar de la innegable importancia democrática que lleva implícita la existencia de las asambleas, por el carácter popular de su origen y por mantener la representación de las fuerzas populares en su seno, también es innegable el desprestigio que de manera consciente han venido adquiriendo estos cuerpos al convertirse en depositarios de las más torcidas y jesuitas voluntades del antiservicio, refugio de toda clase de grupos de asalto del presupuesto a través de una retórica incomprensible y vacía armada para justificar proyectos, inversiones, compromisos de vigencias futuras y créditos impagables que cada vez fueron haciendo menos posible el cumplimiento del mandato constitucional con que se ha querido construir el desarrollo económico y social dentro del territorio de los departamentos.

Algunos han estimado que la causa de tales males ha sido, por una parte, el carácter eminentemente político y «legislativo» que se le imprimió a su funcionamiento desde siempre a imagen y semejanza del Congreso por oposición a la orientación exclusivamente administrativa con que fueron creadas constitucionalmente.

Otras razones que han influido poderosamente en la deformación de las asambleas son aquellas relacionadas con su conformación orgánica, el sistema de reclutamiento de personal usado durante mucho tiempo para su integración y el número mismo de diputados que las integran¹⁶ que, por crecido, «*tiende a orientar el funcionamiento de la corporación hacia las improntas que corresponderían a un Parlamento pequeño, desvinculándolo en mayor o menor medida del carácter estrictamente administrativo que le confiere la Carta*».

Conformación y funcionamiento

Haciendo caso omiso a todas estas críticas, hoy en día las asambleas, por mandato del artículo 299 constitucional, modificado por el Acto Legislativo N° 01 de 1996, están integradas por no menos de once miembros ni más de treinta y uno.

Inicialmente, de acuerdo al artículo 1° de la ley 56 de 1993, su funcionamiento se fijará en tres períodos de sesiones ordinarias en el año así:

¹⁶ YEPES ARDILA, Hernando, *Reforma constitucional de 1968*. Imprenta Departamental de Caldas, 1974, p. 274.

«a.- El primer período será, en el primer año de sesiones, del dos de enero posterior a su elección al último del mes de febrero del respectivo año.

El segundo y tercer año de sesiones tendrá como primer período el comprendido entre el primero de marzo y el treinta de abril.

b.- El segundo período será del primero de junio al último día de julio.

c.- El tercer período, será del primero de octubre al treinta de noviembre con el objetivo prioritario de estudiar, aprobar o improbar el presupuesto departamental.

Cada período ordinario podrá ser prorrogado por diez días calendario más a voluntad de la respectiva Asamblea».

Más tarde, la Ley 617 del año 2000, mediante su artículo 29, modificó el anterior precepto y lo dejó así:

*Las asambleas sesionarán durante seis (6) meses en forma ordinaria así:
El primer período será, en el primer año de sesiones, del 2 de enero posterior a su elección al último del mes de febrero del respectivo año.*

El segundo y tercer año de sesiones tendrá como primer período el comprendido entre el 1° de marzo y el 30 de abril.

El segundo período será del 1° de junio al 30 de julio, y el tercer período, será del 1° de octubre al 30 de noviembre.

Podrán sesionar igualmente durante un mes al año de forma extraordinaria, que se remunerará proporcionalmente al salario fijado.

El funcionamiento de manera extraordinaria sigue siendo en aquellos casos en que el Gobernador, con fundamento en la potestad consagrada en el numeral 12 del artículo 305 constitucional, puede convocarla a ese tipo de sesiones para que se ocupe de determinados temas.

Tal como lo ordena la preceptiva del artículo 148 constitucional, la Asamblea, de la misma manera que el Congreso, no podrá abrir sus sesiones ni deliberar con menos de una cuarta parte de sus miembros, que es lo que se denomina *Quórum Deliberativo*, ni tomar decisiones con menos de la mayoría de sus integrantes, es decir, la mitad más uno de sus miembros, que es lo que se denomina el *Quórum Decisorio*.

En cuanto a las decisiones en particular, éstas se toman por la mayoría de los votos de los asistentes, es decir, la mitad más uno de los que en forma

mayoritaria participen o asistan a la sesión respectiva (artículo 146 ibídem), salvo aquellos casos que, en forma especial, la Constitución o la ley disponga expresamente de manera diferente, como es el caso de una Ley orgánica del presupuesto, por ejemplo, que requiere para su aprobación la mayoría absoluta de los votos de los miembros de una y otra cámara (Artículo 151 ibídem).

Por mandato del artículo 293 constitucional, es la ley la que debe regular el modo de operar internamente las asambleas, en concordancia con el numeral 1) del artículo 305 fundamental, que le permite a dichos cuerpos la reglamentación del ejercicio de las funciones departamentales.

En relación con la organización interna, además, encontramos, primero, el actual régimen departamental, que es el Decreto 1222 de 1986, en su artículo 36, que se refiere a la potestad de las asambleas de integrar las comisiones permanentes, y el 37, sobre la obligación de elegir la comisión del plan para dar primer debate a los proyectos sobre los Planes y Programas de desarrollo y, después, el inciso 2° del artículo 112 constitucional, que ordena la participación de las minorías en las mesas directivas de las asambleas.

De todas formas, es importante tener en cuenta, al tenor de la Ley 617 del 2000, que el funcionamiento de los departamentos y los gastos que ello implica se deben atender con los ingresos corrientes de libre destinación que la misma ley define como «*los ingresos corrientes excluidas las rentas de destinación específica, entendiéndose por éstas las destinadas por ley o acto administrativo a un fin determinado*» (Parágrafo del art. 3°).

Estos gastos de funcionamiento de los departamentos, según su categoría, no podrán superar, durante la vigencia fiscal, como proporción de sus ingresos corrientes de libre destinación, los límites establecidos en el artículo 4° de la misma Ley, lo mismo que las asambleas departamentales y las contralorías del mismo orden (art. 8°).

De ser superados estos límites por los departamentos, la Ley ordena adelantar un programa de saneamiento fiscal en que se incluyan metas precisas de desempeño que le permitan lograr los porcentajes autorizados, so pena de ser considerados como «departamentos no viables financieramente».

Funciones de las asambleas departamentales

El profesor Pérez Escobar¹⁷ por razones enteramente didácticas —creemos— clasifica las funciones de las asambleas departamentales en tres categorías: las Administrativas, las de Reglamentación y las de Control y Vigilancia, como si cada una de estas especies fuera independiente de la otra, cuando, a nuestro parecer, siguiendo el criterio jurisprudencial traído a estos comentarios, todas las funciones de estos organismos se califican como «puramente administrativas», por oposición a las legislativas y a las jurisdiccionales y, por otra parte, no se puede entender la facultad reglamentaria como una especie diferente a la función administrativa, porque ella, en sí misma, es una función administrativa, como dice el profesor Laubadere, «*el reglamento constituye una parte esencial de la actividad jurídica de la administración*».¹⁸

Creemos que estas funciones, que se ejercen a través de diferentes actos administrativos, bien de carácter general, bien de carácter particular, podrían clasificarse, a la luz del artículo 300 constitucional y de acuerdo con su naturaleza y carácter, como funciones administrativas de ordenamiento, de creación y conformación de organismos, de autorización, de reglamentación, de elección y de formalización.

Serían funciones de «ordenamiento» aquellas que le permiten adoptar los planes y programas de desarrollo; expedir las normas orgánicas del presupuesto y el presupuesto anual; crear y suprimir municipios; determinar la estructura de la administración departamental; organizar juntas administradoras.

Las de «autorización», aquellas que le permiten autorizar al gobernador la creación de sociedades. Las de «elección», las que le permiten elegir contralor departamental. Las de «formalización», la que le permite dar posesión al Gobernador.

Las de «reglamentación», como su nombre lo indica, serían las que le permiten reglamentar el ejercicio de funciones departamentales; dictar normas de policía en todo el departamento; regular, en concurrencia con el municipio, el deporte, la educación y la salud en los términos que determine la ley; expedir las normas orgánicas del presupuesto; decretar los tributos

¹⁷ PÉREZ ESCOBAR, *op. cit.*, p. 703 y ss.

¹⁸ LAUBADERE, André, *Manual de derecho administrativo*. Bogotá, Temis, 1984, p.179.

y contribuciones necesarias; expedir las disposiciones necesarias sobre planeación y desarrollo.

Finalmente, incluiríamos en la clasificación las de «vigilancia y control», determinadas en el numeral 11 del artículo 300 constitucional, que igualmente conservan el carácter puramente administrativo que hemos señalado.

V. RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS DIPUTADOS

Presentación

La primera mención constitucional a los «diputados» se desprende del carácter de «servidores públicos» que les asigna el artículo 123 de la Carta de 1991; inmediatamente el artículo 260 *ibídem* los incluye en la lista de los servidores públicos que son elegidos por los ciudadanos en forma directa, y el artículo 299, después de identificarlos como miembros de la Corporación Administrativa denominada Asamblea Departamental, determina unas reglas generales sobre su exclusión de la calidad de «funcionarios públicos», sobre el número en que integran a las asambleas y sobre su régimen de inhabilidades e incompatibilidades, período de servicio, honorarios y condiciones de elegibilidad.

Estas tres regulaciones normativas superiores, y su estudio concordante con otras de igual estirpe, no han sido suficientes para conformar un estatuto completo y claro sobre estos servidores públicos, por lo que el cúmulo de dudas surgidas desde 1992 sobre este régimen ha debido ser resuelto jurisprudencialmente.

Como el régimen de funciones departamentales, de las asambleas departamentales y de los diputados está circunscrito a lo que por mandato constitucional determine la Ley, el criterio de la jurisprudencia nacional, al resolver asuntos de este nivel con características de dudosa claridad, ha sido el de trasladar la responsabilidad de la solución a las normas del Régimen legal departamental existente al momento de expedirse la Carta de 1991, siempre que no contraríen, obviamente, su esencia. Hablamos, entonces, del decreto 1222 de 1986, expedido en desarrollo de lo preceptuado por la ley 3ª de ese mismo año.

En este aspecto también la ley 617 del año 2000 impuso nuevas reglas como las que indicaremos adelante.

Régimen Prestacional

En materia prestacional, por ejemplo, el párrafo del artículo 29 de la Ley 617 estableció que la remuneración de los diputados es incompatible con cualquier asignación proveniente del tesoro público, excepto con aquellas originadas en pensiones o sustituciones pensionales y las establecidas en la Ley 4ª de 1992. El párrafo 2º precisó que en materia de seguridad social estos servidores estaban amparados por la Ley 100 de 1993 al tenor de la reglamentación que para tal efecto dicte el Gobierno Nacional.

El Consejo de Estado había determinado, en relación con la remuneración de los diputados por asistencia a sesiones ordinarias y extraordinarias, que ésta tiene como límite máximo el valor de la remuneración mensual de los miembros del Congreso, conformada por sueldo básico y gastos de representación, teniendo en cuenta que la remuneración percibida por los diputados está constituida por la asignación mensual que fije la respectiva Asamblea Departamental dentro de los límites de su competencia. Los factores integrantes son el sueldo básico y los gastos de representación, con inclusión, si fuere el caso, de viáticos, pues éstos no son prestaciones sociales sino elemento integrante del salario.

En relación con los gastos de representación, la jurisprudencia ha dicho que éstos hacen parte de la remuneración mensual de los diputados, como estímulo tributario, exento del pago del impuesto sobre la renta. Para los congresistas constituyen el 64% de la remuneración mensual, y respecto de viáticos, a ellos puede haber lugar como gastos necesarios para la inhabilidad y alojamiento cuando el diputado, para cumplir comisiones de servicio ordenadas por la Asamblea Departamental, tenga que desplazarse fuera de la capital del departamento y dentro del período de sesiones. Como complemento, también a gastos de transporte.

La «dieta» –ha dicho el alto organismo de lo Contencioso Administrativo– es el mismo salario básico que perciben los diputados como parte de la remuneración mensual, susceptible de ser incrementada cada año en la cuantía señalada por el Gobierno Nacional como incremento salarial para el sector público y que la expresión «cualquier otro concepto», contenida en el artículo 55 del decreto ley 1222 de 1986, comprende ingresos diferentes de los allí señalados (dietas, viáticos, gastos de representación), siempre que hayan sido autorizados por ley de la República o, con anticipación a la vigencia de la Constitución de 1991, por el Gobierno con arreglo a la ley marco salarial y prestacional, teniendo en cuenta que las asambleas no están autorizadas para crear primas o bonificaciones a favor de sus integrantes.

Finalmente –dice la alta Corporación– que no es procedente el reconocimiento y pago de la prima de servicios, por no estar establecida en beneficio de los diputados y porque constituiría un nuevo factor salarial para efectos de su remuneración mensual, y que no es viable el reconocimiento de prima de localización y vivienda para los diputados, pues en desarrollo de la ley 4ª de 1992 sólo ha sido establecida para los miembros del Congreso.

En fin, el régimen prestacional de los diputados, a juicio de esta jurisprudencia, es el contenido en la ley 6ª de 1945 y las normas que la han adicionado y reformado, tales como las leyes 48 de 1962, 77 de 1965, 4ª de 1966 y 5ª de 1969, por cuanto aún no se ha expedido la ley para regular el Régimen de Prestaciones Sociales de los diputados, en desarrollo del artículo 299 de la Constitución.

Los mecanismos para su reconocimiento y pago son los contemplados en aquellas normas, salvo lo concerniente al procedimiento para efectuar los descuentos y pagos correspondientes a las cotizaciones en materia de salud y pensión para los diputados, pues éste es el establecido para las entidades de seguridad social que están encargadas del suministro de tales prestaciones y a las cuales se encuentren afiliados los diputados, con fundamento en la ley 100 de 1993.

Inhabilidades e Incompatibilidades

En esta materia, antes de entrar a revisar la legislación ahora existente, debemos acudir a la normatividad constitucional de 1991, que consagra el siguiente esquema normativo: primero, en el capítulo 2 del título (V), sobre la Organización del Estado, al regular la «función pública» determina algunas «inhabilidades» e «incompatibilidades» de los Servidores Públicos en general.

Más tarde, en el capítulo de «disposiciones generales» del título (XI) sobre la Organización Territorial determina, igualmente, algunas inhabilidades para los miembros de las corporaciones públicas territoriales y prevé que será la Ley la que, sin perjuicio de lo establecido en la Constitución, determine todo el régimen éste de inhabilidades e incompatibilidades, además del prestacional, laboral, etc., sin olvidar referirse a algunas inhabilidades en que se encuentran los parientes de estos servidores públicos (art. 292).

Finalmente, en el capítulo del «régimen departamental», se refiere específicamente a los «diputados» para indicar que sus inhabilidades e incompatibilidades serán las que fije la Ley, y prohíbe que sean menos estrictas que las señaladas para los congresistas en lo que corresponda, lo que nos lleva obviamente al análisis del artículo 179 de la misma Carta, que es la norma que regula las Inhabilidades de los congresistas, y al 180, que trata sobre las Incompatibilidades, si queremos formarnos una idea de cuáles pueden ser, básicamente, todas estas restricciones para los diputados a la luz de la Carta.

Atenidos a la Ley, hoy día, nos corresponde, entonces, examinar la Ley 617 del año 2000, que prescribió, para las elecciones que se realicen a partir del año 2001, las inhabilidades de los diputados (artículo 33), las Incompatibilidades (artículo 34), las excepciones (artículo 35) y la duración de las mismas (artículo 36) guardando, de manera general, el mismo esquema constitucional.

La pérdida de la investidura

Esta sanción, aplicable desde la Constitución de 1991 a congresistas, diputados, concejales y miembros de las juntas administradoras locales, ha tenido un desarrollo legislativo y jurisprudencial que es importante reseñar.

Como se sabe, la pérdida de la investidura de los congresistas fue consagrada constitucionalmente por el artículo 183 superior; por su parte, el 184 *ibidem* facultó a la Ley para regular dicha institución, y el 110 extendió la figura a todo el que, siendo susceptible de perder la investidura, «desempeñe funciones públicas» e incurra en las acciones descritas allí.

En concordancia con esta creación de la Carta Fundamental, su artículo 291 previó, también, que los miembros de las corporaciones públicas de las entidades territoriales perderían su «investidura» al aceptar cargo alguno en la administración pública.

En desarrollo de la prerrogativa legal, el Congreso expidió, primeramente, la Ley 136 de 1994, que en su artículo 55 estableció las causales de pérdida de la investidura para los concejales y se remitió al procedimiento que la ley estableciera para la misma sanción en relación con los congresistas.

Después se expidió la ley 144 del mismo año, en que se estableció el procedimiento para la pérdida de la investidura de los congresistas, y la ley 200 de 1995, que en su artículo 29 consagró como una sanción para los

miembros de las corporaciones públicas la «pérdida de la investidura».

Más tarde, la Ley 617 del año 2000, en su artículo 48, consagró las causales de «pérdida de investidura» de los DIPUTADOS, concejales y miembros de las juntas administradoras locales y asignó la competencia de estos trámites a los tribunales administrativos con jurisdicción en el respectivo departamento.

Finalmente, el Consejo de Estado, en providencia del 30 de marzo del año 2001¹⁹, ratifica lo dispuesto en sentencia de 17 de octubre del año 2000²⁰ y estableció que el procedimiento aplicable a los procesos de «pérdida de la investidura» contra diputados es el mismo establecido en la Ley 144 de 1994 para congresistas y concejales por ser un proceso de naturaleza especial y porque no admitirlo así sería tanto como aceptar el efecto inútil del mandato del legislador.

VI. LOS GOBERNADORES

Presentación

El artículo 181 de la vieja Constitución de 1886 a la par que señalaba a este funcionario como Jefe de la Administración Departamental, y después en 1945 admitió formalmente su carácter de Representante Legal, consagraba en él una especie o forma de Desconcentración política y administrativa expresada en el carácter de «agente del gobierno» que se le asignaba; es decir, el Gobernador tenía establecidas unas funciones que debía ejercer en nombre y representación de la autoridad nacional o poder central, quien, consecuentemente, ejercía sobre él todas las prerrogativas propias de la jerarquía ya fuera sobre su persona, ya sobre sus actos.

La innovación constitucional de la elección popular de los gobernadores, mirada por algunos todavía como una pérdida o disminución de la fuerza unitaria del Estado colombiano y no como un avance en el proceso descentralista, fue completada, en la Reforma Constitucional de 1968, con la delegación de la coordinación y dirección de los servicios nacionales que se prestaran en su respectivo territorio, pero sin que con tales medidas se lograra evitar la crisis de identidad por la que ha venido atravesando el Departamento desde hace mucho años, como lo hemos afirmado.

¹⁹ Expediente 6811. M.P.: Camilo Arciniegas Andrade. *Revista Jurisprudencia y Doctrina*, julio 2001.

²⁰ Expediente PID-002. *Ibidem*.

La Constitución de 1991, en sus artículos 260 y 303, asumió el origen popular del Gobernador y lo definió como «jefe de la administración seccional y representante legal del Departamento», sin quitarle su carácter de «agente» del Gobierno en lo que atañe al mantenimiento del orden público, a la ejecución de la economía general y a aquellos asuntos que mediante convenios la Nación acuerde con el Departamento.

Lo anterior significa que la Constitución aceptó consagrar fundamentalmente el fortalecimiento descentralista que alcanzó el departamento con la elección popular de su primer mandatario, pero sin liberarlo en materia económica, de planeación y de orden público de la dirección del poder central y su consecuente control tutelar.

A pesar de considerar que la potestad presidencial de suspender o destituir al Gobernador (art.304) rubrica esta situación, se debe precisar que tales medidas no podrán tomarse sino en aquellos aspectos que hagan referencia al ejercicio de la jerarquía constitucional del primero de los nombrados pero no a los aspectos puramente administrativos en los que el Presidente no tiene poder, de manera que estos aspectos que, como es sabido, se expresan a través de la actividad administrativa del Gobernador, sólo podrán ser objeto de demandas contencioso administrativas si se pretende la Nulidad de una decisión general o particular; disciplinarias, si se trata de una falta; o penales, si con la actuación se ha incurrido en un reato penal.

Régimen de los gobernadores

El artículo 303 constitucional prescribe que será la ley, como en el caso de los diputados, la que fije los requisitos para ser Gobernador, sus faltas y todo lo demás que haga referencia al ejercicio de sus funciones, sin olvidar, claro está, el estatuto sobre sus *inhabilidades e incompatibilidades*, el cual, al tenor del artículo 304 *ibídem*, no será menos estricto que el establecido para el Presidente de la República, es decir, no podrá ser de menor rigurosidad, pero sí de mayor.

En este último sentido, al no haberse expedido la ley, y como quiera que el artículo 197 constitucional enuncia las *Inhabilidades* para ser Presidente, la sección Quinta del Consejo de Estado, en sentencia de mayo 22 de 1995, Expediente 1181, había dispuesto que mientras no se expidiera una ley que regulara especialmente las inhabilidades para Gobernador, el régimen aplicable sería la del artículo 197 por remisión directa de la misma Constitución.

En tales circunstancias, también el profesor Pérez Escobar²¹ señaló, además, la indicada en el artículo 122 constitucional y las que se desprenden de las normas del Código Penal que regulan las penas accesorias, la interdicción de derechos y funciones públicas, la pérdida del empleo y las penas accesorias a la de prisión.

En cuanto a *Incompatibilidades*, además de las aplicables al Presidente de la República, por mandato expreso del inciso 2° del artículo 304 constitucional, debemos recordar que también le son aplicables las que, de manera general, consagra la Carta para todo servidor público.

Al expedirse la Ley 617 del año 2000 se reguló el tema en los artículos 30, 31 y 32 de la citada norma vigente a partir de las elecciones que se realicen a partir del año 2001, y recoge en forma general las inhabilidades e incompatibilidades presidenciales y da respaldo a los análisis doctrinarios y jurisprudenciales hechos con anterioridad a su expedición.

En cuanto a las *Prestaciones Sociales*, la Jurisprudencia del Consejo de Estado ha sido la de aceptar que, a pesar de la norma del numeral 19), literal e) del artículo 150 constitucional y del criterio de ese organismo, según el cual tampoco en la Constitución de 1886 se les asigna competencias a las asambleas para fijar prestaciones sociales, siendo estas prestaciones diferentes a la de jubilación, si han sido reconocidas por acto administrativo a empleados departamentales con base en ordenanza de la Asamblea Departamental, antes de la vigencia de la Constitución Política de 1991, están amparadas por las presunciones de legalidad y veracidad.

Respecto a *Pensiones de Jubilación*, es la ley 100 de 1993 la que resuelve el asunto cuando, a pesar de que las normas departamentales o municipales no tenían competencia para determinar estas prestaciones, dispuso que las situaciones jurídicas individuales definidas extralegalmente con anterioridad a la ley, con base en disposiciones municipales o departamentales, en favor de empleados o servidores públicos o personas vinculadas laboralmente a las entidades territoriales o a sus organismos descentralizados, continuarían vigentes (artículo 146).

El Consejo de Estado considera que, tal como lo expresó en consulta de 7 de septiembre de 1995, esta solución de la Ley 100 de 1993 «consagra una extraña excepción frente a las normas constitucionales que rigen el sistema

²¹ PÉREZ ESCOBAR, *op. cit.*, p. 708.

prestacional» (Rad. 720), es decir, no se trata de legitimar «derechos adquiridos», sino de una situación de hecho «a la que la ley 100 de manera curiosa le dio eficacia legal».

Finalmente, en cuanto a *otras Prestaciones reconocidas con base a ordenanzas*, el mismo organismo ha decidido que mientras los actos administrativos de reconocimiento de prestaciones sociales de empleados públicos departamentales, diferentes a la pensión de jubilación, con base en ordenanzas, no hayan perdido fuerza ejecutoria, son obligatorios para la administración: ésta debe pagar la prestación laboral; de no hacerlo puede ser ejecutada, y el título ejecutivo lo constituye el acto administrativo de reconocimiento.

**

Próxima entrega: *La Regionalización*.