



*Escuela Judicial
"Rodrigo Lara Bonilla"*

CONSTITUCIÓN ECONÓMICA

República de Colombia



**PROGRAMA DE FORMACIÓN
PARA EL ÁREA CONSTITUCIONAL**

CONSTITUCIÓN ECONÓMICA

PLAN NACIONAL DE FORMACIÓN
DE LA RAMA JUDICIAL

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA
SALA ADMINISTRATIVA

HERNANDO TORRES CORREDOR
Presidente

LUCÍA ARBELÁEZ DE TOBÓN
Vicepresidenta

CARLOS ENRIQUE MARÍN VÉLEZ
FRANCISCO ESCOBAR HENRÍQUEZ
JESAEI ANTONIO GIRALDO CASTAÑO
JOSÉ ALFREDO ESCOBAR ARAÚJO
Magistrados

ESCUELA JUDICIAL
“ RODRIGO LARA BONILLA ”

GLADYS VIRGINIA GUEVARA PUENTES
Directora



Consejo Superior de la Judicatura
Sala Administrativa

Escuela Judicial
"Rodrigo Lara Bonilla"



UNIVERSIDAD
SERGIO ARBOLEDA

CARLOS ARIEL SÁNCHEZ TORRES

**PROGRAMA DE FORMACIÓN
PARA EL ÁREA CONSTITUCIONAL**

CONSTITUCIÓN ECONÓMICA

**CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA
SALA ADMINISTRATIVA
ESCUELA JUDICIAL “ RODRIGO LARA BONILLA”**

ISBN 978-958-8331-39-3

CARLOS ARIEL SÁNCHEZ TORRES, 2007

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, 2007

Derechos exclusivos de publicación y distribución de la obra

Calle 85 No. 11 - 96 pisos 6 y 7

www.ramajudicial.gov.co

Primera edición: Diciembre de 2007

Con un tiraje de 1000 ejemplares

Asesoría Pedagógica y Metodológica: Carmen Lucía Gordillo Guerrero

Diseño editorial: Grafi-Impacto Ltda.

Impresión: Grafi-Impacto Ltda.

Impreso en Colombia

Printed in Colombia

PRESENTACIÓN DEL PLAN INTEGRAL DE FORMACIÓN ESPECIALIZADA PARA LA IMPLEMENTACIÓN DE LOS MÓDULOS DE APRENDIZAJE AUTODIRIGIDO EN EL PROGRAMA DE FORMACIÓN PARA EL ÁREA CONSTITUCIONAL

El Plan Integral de Formación Especializada para la Implementación de los Módulos de Aprendizaje Autodirigido en el **Programa de Formación para el Área Constitucional**, construido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, a través de la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, de conformidad con su modelo educativo y su enfoque curricular integrado e integrador de casos reales de la práctica judicial, constituye el resultado del esfuerzo articulado entre Magistradas, Magistrados, Jueces, Juezas, Empleadas y Empleados incorporados al **Área Constitucional**, la Red de Formadores y Formadoras Judiciales, el Comité Nacional Coordinador, los Grupos Seccionales de Apoyo y cuyo autor **Carlos Ariel Sánchez Torres, profesor de la Universidad Sergio Arboleda**, quien con su gran compromiso y voluntad, se propuso responder a las necesidades de formación planteadas para el **Programa de Formación para el Área Constitucional**.

El módulo **Constitución Económica** que se presenta a continuación, responde a la modalidad de aprendizaje autodirigido orientado a la aplicación en la práctica judicial, con absoluto respeto por la Independencia del Juez o Jueza.

La construcción del módulo responde a las distintas evaluaciones que se hicieron con Magistrados, Magistradas, Jueces, Juezas, Empleados y Empleadas, con la finalidad de detectar las principales áreas problemáticas de la implementación del Programa, alrededor de las cuales se integraron los objetivos, temas y subtemas de los distintos microcurrículos como apoyo a los funcionarios, funcionarias, empleadas y empleados de la Rama Judicial. Los conversatorios organizados por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura a través de la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla” sirvieron para determinar los problemas jurídicos más delicados y ahondar en su tratamiento en los módulos. Posteriormente, el texto entregado por el autor, fue enviado para su revisión por los Magistrados, Magistradas, Jueces y Juezas que participaron en el proceso, quienes leyeron los textos e hicieron observaciones para su mejoramiento. Una vez escuchadas dichas reflexiones, el autor complementó su trabajo para presentar un texto que respondiera a las necesidades de formación jurídica especializada para los Jueces y Juezas Colombianos.

Se mantiene la concepción de la Escuela Judicial en el sentido de que todos los módulos, como expresión de la construcción colectiva, democrática y solidaria de conocimiento en la Rama Judicial, están sujetos a un permanente proceso de retroalimentación y actualización, especialmente ante el control que ejercen las Cortes.

Enfoque pedagógico de la Escuela Judicial

La Escuela Judicial como Centro de Formación Judicial Inicial y Continuada de la Rama Judicial presenta un modelo pedagógico que se caracteriza por ser participativo, integral, sistémico y constructivista; se fundamenta en el respeto a la dignidad del ser humano, a la independencia del Juez y la Jueza, el pluralismo y la multiculturalidad, y se orienta hacia el mejoramiento del servicio.

Es *participativo*, más de mil Magistrados, Magistradas, Jueces, Juezas, Empleadas y Empleados judiciales participan como formadores y formadoras, generando una amplia dinámica de reflexión sobre la calidad y pertinencia de los planes educativos, módulos de aprendizaje autodirigido y los materiales utilizados en los procesos de formación que se promueven. Igualmente, se manifiesta en los procesos de evaluación y seguimiento de las actividades de formación que se adelantan, tanto en los procesos de ingreso, como de cualificación de los servidores y las servidoras públicos.

Es *integral* en la medida en que los temas que se tratan en los módulos resultan recíprocamente articulados y dotados de potencialidad sinérgica y promueven las complementariedades y los refuerzos de todos los participantes y las participantes.

Es *sistémico* porque invita a comprender cualquier proceso desde una visión integradora y holista, que reconoce el ejercicio judicial como un agregado de procesos, que actúa de manera interdependiente, y que, a su vez, resulta afectado por el entorno en que tienen lugar las actuaciones judiciales.

El modelo se *basa en el respeto a la dignidad humana*. El sistema de justicia representa uno de los pilares del sistema social de cualquier comunidad, representa la capacidad que la sociedad tiene para dirimir los conflictos que surgen entre sus integrantes y entre algunos de sus miembros y la sociedad en general. De ahí que el modelo educativo fundamenta sus estrategias en el principio del respeto a la dignidad humana y a los derechos individuales y colectivos de las personas.

El modelo *se orienta al mejoramiento del servicio* pues las acciones que se adelanten para el mejoramiento de las condiciones de trabajo y bienestar de las personas que hacen parte de la Rama Judicial, se hacen teniendo en la mira un mejoramiento sostenido del servicio que se le presta a la comunidad.

Lo anterior, en el marco de las políticas de calidad y eficiencia establecidas por el Consejo Superior de la Judicatura en el Plan Sectorial de Desarrollo, con la convicción de que todo proceso de modernización judicial ya sea originado en la implantación de nuevos esquemas jurídicos o de gestión, o de ambos, implica una transformación cultural y el fortalecimiento de los fundamentos conceptuales, las habilidades y las competencias de los y las administradoras de justicia, fiscales y procuradores, quienes requieren ser apoyados a través de los procesos de formación.

En este sentido, se desarrollan procesos formativos sistemáticos y de largo aliento orientados a la cualificación de los servidores y servidoras del sector, dentro de criterios de profesionalismo y formación integral, que redundan, en últimas, en un mejoramiento de la atención de los ciudadanos y ciudadanas, cuando se ven precisados a acudir a las instancias judiciales para ejercer o demandar sus derechos o para dirimir conflictos de carácter individual o colectivo.

Aprendizaje activo

Este modelo educativo implica un *aprendizaje activo* diseñado y aplicado desde la práctica judicial para mejorar la organización; es decir, a partir de la observación directa del problema, de la propia realidad, de los hechos que impiden el avance de la organización y la distancian de su misión y de sus usuarios y usuarias; que invita a compartir y generalizar las experiencias y aprendizajes obtenidos, sin excepción, por todas las y los administradores de justicia a partir de una dinámica de reflexión, investigación, evaluación, propuesta de acciones de cambio y ejecución oportuna, e integración de sus conocimientos y experiencia para organizar equipos de estudio, compartir con sus colegas, debatir constructivamente los hallazgos y aplicar lo aprendido dentro de su propio contexto.

Crea escenarios propicios para la multiplicación de las dinámicas formativas, para responder a los retos del Estado y en particular de la Rama Judicial, para focalizar los esfuerzos en su actividad central; desarrollar y mantener un ambiente de trabajo dinámico y favorable para la actuación de todos los servidores y servidoras; aprovechar y desarrollar en forma efectiva sus cualidades y capacidades; lograr estándares de rendimiento que permiten calificar la

prestación pronta y oportuna del servicio en ámbitos locales e internacionales complejos y cambiantes; crear relaciones estratégicas comprometidas con los “usuarios” clave del servicio público; usar efectivamente la tecnología; desarrollar buenas comunicaciones, y aprender e interiorizar conceptos organizativos para promover el cambio. Así, los Jueces, Juezas y demás servidores y servidoras no son simples animadores del aprendizaje, sino gestores y gestoras de una realidad que les es propia, y en la cual construyen complejas interacciones con los usuarios y usuarias de esas unidades organizacionales.

Aprendizaje social

En el contexto andragógico de esta formación, se dota de significado el mismo decurso del aprendizaje centrándose en procesos de *aprendizaje social* como eje de una estrategia orientada hacia la construcción de condiciones que permitan la transformación de las organizaciones. Es este proceso el que lleva al desarrollo de lo que en la reciente literatura sobre el conocimiento y desarrollo se denomina como la promoción de *sociedades del aprendizaje “learning societies”, organizaciones que aprenden “learning organizations”, y redes de aprendizaje “learning networks”*.¹ Esto conduce a una concepción dinámica de la relación entre lo que se quiere conocer, el sujeto que conoce y el entorno en el cual él actúa. Es así que el conocimiento hace posible que los miembros de una sociedad construyan su futuro, y por lo tanto incidan en el devenir histórico de la misma, independientemente del sector en que se ubiquen.

Los procesos de aprendizaje evolucionan hacia los cuatro niveles definidos en el esquema mencionado: (a) nivel individual, (b) nivel organizacional, (c) nivel sectorial o nivel de las instituciones sociales, y (d) nivel de la sociedad. Los procesos de apropiación de conocimientos y saberes son de complejidad creciente al pasar del uno al otro.

En síntesis, se trata de una formación que a partir del desarrollo de la creatividad y el espíritu innovador de cada uno de los y las participantes, busca convertir esa información y conocimiento personal, en *conocimiento corporativo* útil que incremente la efectividad y la capacidad de desarrollo y cambio de la organizacional en la Rama Judicial, trasciende al nivel sectorial y de las instituciones sociales contribuyendo al proceso de creación de “lo público” a través de la apropiación social del mismo, para, finalmente, en un cuarto nivel, propiciar procesos de aprendizaje social que pueden involucrar cambios en los valores y las actitudes que caracterizan la sociedad, o conllevar acciones

1 *Teaching and Learning: Towards the Learning Society*; Bruselas, Comisión Europea, 1997.

orientadas a desarrollar una capacidad para controlar conflictos y para lograr mayores niveles de convivencia.

Currículo integrado-integrador

En la búsqueda de nuevas alternativas para el diseño de los currículos se requiere partir de la construcción de *núcleos temáticos y problemáticos*, producto de la investigación y evaluación permanentes. Estos núcleos temáticos y problemáticos no son la unión de asignaturas, sino el resultado de la integración de diferentes disciplinas académicas y no académicas (cotidianidad, escenarios de socialización, hogar) que alrededor de problemas detectados, garantizan y aportan a la solución de los mismos. Antes que contenidos, la estrategia de integración curricular, exige una mirada crítica de la realidad.

La implementación de un currículo integrado-integrador implica que la “enseñanza dialogante” se base en la convicción de que el discurso del formador o formadora, será formativo solamente en el caso de que el o la participante, a medida que reciba los mensajes magistrales, los reconstruya y los integre, a través de una actividad, en sus propias estructuras y necesidades mentales. Es un diálogo profundo que comporta participación e interacción. En este punto, con dos centros de iniciativas donde cada uno (formador, formadora y participante) es el interlocutor del otro, la síntesis pedagógica no puede realizarse más que en la interacción- de sus actividades orientadas hacia una meta común: la adquisición, producción o renovación de conocimientos.

Planes de Estudio

Los planes de estudio se diseñaron de manera coherente con el modelo educativo presentado y en esta labor participó el grupo de pedagogos y pedagogas vinculados al proyecto, expertos y expertas en procesos formativos para adultos, con conocimientos especializados y experiencia. Así mismo, participó la Red de Formadores y Formadoras Judiciales constituida por Magistrados, Magistradas, Jueces, Juezas, Empleados y Empleadas, quienes con profundo compromiso y motivación exclusiva por su vocación de servicio, se prepararon a lo largo de varios meses en la Escuela Judicial tanto en la metodología como en los contenidos del programa con el propósito de acompañar y facilitar el proceso de aprendizaje que ahora se invita a desarrollar a través de las siguientes fases:

Fase I. *Reunión inicial*. Presentación de los objetivos y estructura del programa; afianzamiento de las metodologías del aprendizaje autodirigido; conformación

de los subgrupos de estudio con sus coordinadores y coordinadoras, y distribución de los temas que profundizará cada subgrupo.

Fase II. *Estudio y Análisis Individual*. Interiorización por cada participante de los contenidos del programa mediante el análisis, desarrollo de casos y ejercicios propuestos en el módulo, consulta de jurisprudencia y doctrina adicional a la incluida en los materiales educativos. Así mismo, elaboración y envío de un informe individual con el fin de establecer los intereses de los participantes y las participantes para garantizar que las actividades presenciales respondan a éstos.

Fase III. *Investigación en Subgrupo*. Profundización colectiva del conocimiento sobre los temas y subtemas acordados en la reunión inicial y preparación de una presentación breve y concisa (10 minutos) para la mesa de estudios o conversatorio junto con un resumen ejecutivo y la selección de casos reales para enriquecer las discusiones en el programa.

Fase IV. *Mesa de estudios o Conversatorio*. Construcción de conocimiento a través del intercambio de experiencias y saberes y el desarrollo o fortalecimiento de competencias en argumentación, interpretación, decisión, dirección, etc., alrededor de las presentaciones de los subgrupos, el estudio de nuevos casos de la práctica judicial previamente seleccionados y estructurados por los formadores con el apoyo de los expertos, así como la simulación de audiencias. Identificación de los momentos e instrumentos de aplicación a la práctica judicial y a partir de éstos, generación de compromisos concretos de mejoramiento de la función judicial y de estrategias de seguimiento, monitoreo y apoyo en este proceso.

Fase V. *Pasantías*. Son experiencias concretas de aprendizaje, dirigidas a confrontar los conocimientos adquiridos, con la realidad que se presenta en los despachos y actuaciones judiciales (sean escritas u orales), mediante el contacto directo de los discentes y las discentes (pasantes), con las situaciones vividas en la práctica judicial, en las diferentes áreas (civil, penal, laboral, administrativo, etc.) bajo la orientación y evaluación de los Magistrados y Magistradas Jueces, Juezas, titulares de los respectivos cargos.

Fase VI. *Aplicación a la práctica judicial*. Incorporación de los elementos del programa académico como herramienta o instrumento de apoyo en el desempeño laboral mediante la utilización del conocimiento construido en la gestión judicial. Elaboración y envío del informe individual sobre esta experiencia y reporte de los resultados del seguimiento de esta fase en los subgrupos.

Fase VII. *Experiencias compartidas*. Socialización de las experiencias reales de los y las discentes en el ejercicio de la labor judicial, con miras a confirmar el avance en los conocimientos y habilidades apropiados en el estudio del módulo. Preparación de un resumen ejecutivo con el propósito de contribuir al mejoramiento del curso y selección de casos reales para enriquecer el banco de casos de la Escuela Judicial.

Fase VIII. *Actividades de monitoreo y de refuerzo o complementación*. De acuerdo con el resultado de la fase anterior se programan actividades complementarias de refuerzo o extensión del programa según las necesidades de los grupos en particular.

Fase IX. *Seguimiento y evaluación*. Determinación de la consecución de los objetivos del programa por los y las participantes y el grupo mediante el análisis individual y el intercambio de experiencias en subgrupo.

Los módulos

Los módulos son la columna vertebral en este proceso, en la medida que presentan de manera profunda y concisa los resultados de la investigación académica realizada durante aproximadamente un año, con la participación de Magistrados y Magistradas de las Altas Cortes y de los Tribunales, de los Jueces y Juezas de la República y expertos y expertas juristas, quienes ofrecieron lo mejor de sus conocimientos y experiencia judicial, en un ejercicio pluralista de construcción de conocimiento.

Se trata entonces, de valiosos textos de autoestudio divididos secuencialmente en unidades que desarrollan determinada temática, de dispositivos didácticos flexibles que permite abordar los cursos a partir de una estructura que responde a necesidades de aprendizaje previamente identificadas. Pero más allá, está el propósito final: servir de instrumento para fortalecer la práctica judicial.

Cómo abordarlos

Al iniciar la lectura de cada módulo el o la participante debe tener en cuenta que se trata de un programa integral y un sistema modular coherente, por lo que para optimizar los resultados del proceso de formación autodirigida tendrá en cuenta que se encuentra inmerso en el **Programa de Formación para el Área Constitucional**. A través de cada contenido, los y las discentes encontrarán referentes o remisiones a los demás módulos del Plan, que se articulan mediante

diversos ejes transversales, tales como Derechos Humanos, Constitución Política de 1991, Bloque de Constitucionalidad, la Ley específica, al igual que la integración de los casos problemáticos comunes que se analizan, desde diferentes perspectivas, posibilitando el enriquecimiento de los escenarios argumentativos y fortaleciendo la independencia judicial.

Por lo anterior, se recomienda tener en cuenta las siguientes sugerencias al abordar el estudio de cada uno de los módulos del plan especializado:

1. Consulte los temas de los otros módulos que le permitan realizar un diálogo de manera sistémica y articulada sobre los contenidos que se presentan.
2. Tenga en cuenta las guías del discente y las guías de estudio individual y de subgrupo para desarrollar cada lectura. Recuerde apoyarse en los talleres para elaborar mapas conceptuales, esquemas de valoración de argumentaciones y el taller individual de lectura del plan educativo.
3. Cada módulo presenta actividades pedagógicas y de autoevaluación que permiten al y la discente reflexionar sobre su cotidianidad profesional, la comprensión de los temas y su aplicación a la práctica. Es importante que en el proceso de lectura aborde y desarrolle con rigor dichas actividades para que críticamente establezca la claridad con la que percibió los temas y su respectiva aplicación a su tarea judicial. Cada módulo se complementa con una bibliografía básica seleccionada, para quienes quieran profundizar en el tema, o acceder a diversas perspectivas.

El Plan integral de Formación Especializada para la Implementación de los módulos de aprendizaje autodirigido en el **Programa de Formación para el Área Constitucional**, que la Escuela Judicial entrega a la judicatura colombiana, acorde con su modelo educativo, es una oportunidad para que la institucionalidad colombiana, con efectiva protección de los derechos fundamentales y garantías judiciales, cierre el camino de la impunidad para el logro de una sociedad más justa.

Finalmente, agradecemos el envío de todos sus aportes y sugerencias a la sede de la Escuela Judicial en la Calle 85 No. 11 — 96 piso 6 y 7, de Bogotá, o al correo electrónico escujudcendoj@ramajudicial.gov.com, que contribuirán a la construcción colectiva del saber judicial alrededor del **Programa de Formación para el Área Constitucional**.

CONTENIDO

PRESENTACIÓN	9
1. DERECHO ECONÓMICO CONSTITUCIONAL	21
Introducción	22
1.1. Constitución económica	24
Actividad pedagógica	26
Actividad pedagógica	29
1.2. Constitución económica: elementos	29
1.3. La constitución económica en colombia	32
1.4. Análisis de jurisprudencia	34
1.5. Actividades pedagógicas	35
1.6. Autoevaluación	35
1.7. Bibliografía seleccionada	36
2. EL PRESUPUESTO: ASPECTOS JURÍDICOS Y PROBLÉMICOS	37
Introducción	38
2.1. El principio presupuestal de legalidad	41
2.3. Principio presupuestal de inembargabilidad	42
2.4. La temporalidad de las leyes de presupuesto y el principio de anualidad	50
2.4.1. Reservas presupuestales	52
2.4.2. Las cuentas por pagar	52
2.5. El principio de unidad de materia en la parte general de la ley de presupuesto	57
2.7. La modificación del presupuesto en estados de excepción	61
2.8. Análisis de jurisprudencia	65
2.10. Autoevaluación	66
2.11. Bibliografía seleccionadacorte constitucional.	67

3.	ASPECTOS SUSTANCIALES DE LA RESPONSABILIDAD FISCAL EN COLOMBIA	73
	Introducción	74
3.1.	La gestion fiscal	74
3.2.	La vigilancia fiscal: un elemento de garantía para el cumplimiento de los fines esenciales del estado	76
3.3.	Responsabilidad fiscal	77
3.4.	Actividades pedagógicas	95
3.5.	Análisis de jurisprudencia	96
3.6.	Autoevaluación	97
3.7.	Bibliografía seleccionada	97
4.	INGRESOS PÚBLICOS	99
	Introducción	100
4.1.	La obligación tributaria dentro de los ingresos corrientes	101
4.2.	Creación del tributo nacional	103
4.3.	Creación del tributo territorial	103
4.4.	Fuentes endógenas y exógenas de la financiación territorial	104
4.4.1.	Conceptualización	104
4.5.	Análisis de jurisprudencia	108
4.6.	Actividades pedagógicas	109
4.7.	Autoevaluación	109
4.8.	Bibliografía seleccionada	112
5.	GASTO PÚBLICO	113
	Introducción	114
5.1.	Marco juridico del gasto público	114
5.2.	Alcance jurisprudencial del concepto de gasto público	115
5.3.	El principio de legalidad del gasto iniciativa para decreto y apropiación del gasto público	117
5.4.	Análisis de jurisprudencia	122
5.5.	Actividades pedagógicas	122
5.6.	Autoevaluación	122
5.7.	Bibliografía seleccionada	123

CONVENCIONES

A_e

Autoevaluación

A_p

Actividades pedagógicas

B

Bibliografía

B_s

Bibliografía seleccionada

J

Jurisprudencia

O_e

Objetivos específicos

O_g

Objetivo general

Unidad 1 | DERECHO ECONÓMICO CONSTITUCIONAL

Qg

Estudiar y profundizar en el concepto de Constitución Económica con el fin de que las y los participantes puedan comprender su incidencia en el marco político y económico del país.

Qe

- *Reconocer los orígenes y la delimitación del Derecho Constitucional Económico.*
- *Establecer la relación entre Constitución Económica y Orden Público.*
- *Reconocer la participación del Derecho en el Orden Económico Nacional y su tutela.*
- *Establecer las diferencias entre Orden Jurídico, Constitución Económica y Orden Económico.*
- *Definir y establecer los elementos de una Constitución Económica.*

INTRODUCCIÓN

La constitución económica es una decisión total sobre el orden económico de una colectividad, inserta en una constitución política que constituye el Estado. El orden público en su sentido operante en el código de Napoleón, tenía un contenido que recogía los principios del orden jurídico y una función tutelar sobre los derechos otorgados al particular, y actuaba en el ámbito no intervenido por el Estado. La constitución económica fija el marco de acción tanto de los particulares como del Estado y los legitima en sus diversos ámbitos de actuación en el proceso económico. El Estado así legitimado, establece disciplinas públicas sectoriales; incide sobre la iniciativa de los particulares; limitándola o sujetándola a controles en su ejercicio; definiendo la política económica orientadora del proceso económico; planificando la manera como está autorizado.

A su vez, la constitución económica delimita el ámbito en el cual la iniciativa económica es reconocida como libre; donde no es posible reconocer la primacía del Estado y donde los límites no surgen de su acción directa, sino del ejercicio de estos derechos y de su misma naturaleza jurídica.

Se definen dos grandes esferas de la acción económica: una primera realizada directamente por el Estado y otra realizada por los particulares. Dentro de esta segunda se reconoce el campo de acción de los particulares con dos límites: uno externo, la disciplina pública de la economía, límite puesto al exterior, positivo e insuperable; y un segundo límite puesto en el interior de la acción económica, donde el Estado puede intervenir, sin alterar el contenido esencial de los derechos individuales y que se denomina orden público.

Se establece así la primera relación entre constitución económica y orden público; la constitución económica al definir el ámbito particular de acción de la autonomía privada, establece la esfera de acción de la noción de orden público. Es una relación funcional, donde no limita el derecho público, limita el orden público¹.

La constitución económica no sólo establece campos de acción, también reconoce derechos y posibilita la precisión de las potestades que se otorgan al Estado y al particular, para ejercer su acción económica. Hacen parte de la constitución económica, los derechos de contenido económico con los que se puede actuar en el mercado. Sobre éstos derechos y su contenido cumplen la

¹ GUARINO, G. *Público e privato nella organizzazione e nella disciplina*, en *Scritti offerti*. A. TESAURO. Milan 1968 p. 7-10.

función de tutelar el orden público; derechos que no pueden exceder el límite impuesto por el orden público, porque significa la vulneración de derechos ajenos, y por sobre todo, de derechos que constituyen la base misma del ordenamiento jurídico y social.

Pero estos derechos no se reconocen en abstracto; encuentran su significado y contenido en una interpretación sistemática desde los principios que constituyen la base del ordenamiento jurídico, hasta las normas de distinta naturaleza jurídica que los regulan.

Sobre esta base, los principios que inspiran la Constitución del Estado Social y Democrático del Derecho, son un componente esencial de la Constitución económica; su precisión exige una referencia a aquellos principios. El contenido del orden público se integra con los principios que están a la base del orden jurídico. En principio, también éstos se recogen en la Constitución por ser ésta la norma jurídica fundamental. La coincidencia en ambos conceptos frente a los principios constitucionales, puede llevar a confusiones que se desvanecen si se reflexiona en el mismo sentido que lo hicimos en los renglones anteriores. Los principios sencillamente configuran el contenido de la noción de orden público, la inscriben en su función tutelar en el ámbito de acción donde no se reconoce la primacía del Estado.

Estas ideas conducen a una nueva crítica de la noción de orden público elaborada por la doctrina francesa. Para ella, los principios del Estado Social de Derecho -Solidaridad e igualdad- se traducen como acción del Estado, y el límite orden público, como impuesto por el Estado, configurando el orden público económico. Si se considera al individuo y sus derechos en el sentido liberal decimonónico, es comprensible que los límites a sus derechos sólo pueden establecerse por disciplina pública, pero ¿por qué no pensar que el contenido y garantía de los derechos han tenido variaciones sustanciales? Que su contenido y garantía, están limitados desde el momento mismo que la Constitución que los reconoce, no lo hace dentro de la misma concepción ideológica subyacente al orden liberal.

El límite orden público no es el poder regulador del Estado en esferas propias de la acción privada. El límite se configura frente a los derechos fundamentales tal y como hoy se reconocen y garantizan. No es sólo el Estado el que ha sufrido transformaciones estructurales y funcionales, es también el individuo como sujeto de derechos quien que ha sufrido iguales transformaciones en su configuración jurídica. La realización de los principios y tareas que impone el Estado Social de Derecho, no es tarea exclusiva y absoluta del Estado

(estatalismo), ni es realizable sólo limitando los derechos individuales absolutos. Es también tarea de los particulares, en el ejercicio de sus derechos, -limitados intrínsecamente por las transformaciones jurídicas y sociales-, la realización de la democracia social que se propone como modelo político.

Este primer módulo se encamina en dos sentidos. Por un lado, precisar el significado de la expresión Constitución Económica; por otro, interesa el papel fundamental de la libertad de empresa en el orden económico, propuesto en la Constitución de 1991. Debemos centrarnos en este principal aspecto por cuanto es el que explica la iniciativa económica como competencia y, a la vez, a través del principio tutelar de orden público, es el fundamento de la protección y configuración de la competencia en el mercado.

1.1. CONSTITUCIÓN ECONÓMICA

El modelo económico constitucional, determina la forma de la economía, delimita la actuación del particular y el Estado, en otras palabras, construye y tutela la constitución económica.² Una constitución escrita puede configurar la constitución económica de dos maneras principales (con diversas variables posibles). Puede reglamentar minuciosamente definiendo por lo menos el contenido y modo de goce de la propiedad, el derecho de los operadores privados económicos, el ámbito de la economía contractual, los derechos del trabajador y otras personas, regular la acción estatal en la economía; pero también puede abstenerse de hacerlo.³

Plantear una constitución económica no es sólo enumerar las normas y los principios para una interpretación sistemática y eficaz al interior del ordenamiento jurídico; no se puede olvidar una característica esencial del ordenamiento jurídico: su historicidad. En particular una constitución no puede ser entendida fuera del proceso histórico en el (la) que emerge, como expresión jurídica de los componentes políticos y económicos de la sociedad, los cuales recoge como fundamental instancia y fuente primaria del Derecho⁴.

1.1.1. CONSTITUCIÓN ECONÓMICA: CONCEPTO

Si el orden público tiene como función tutelar los derechos fundamentales en el orden social, y su contenido está determinado por aquellos principios que

² SPAGNOVOLO, V., *Vicenzo, L' iniziativa economica privata nel diritto pubblico*. Nápoles 1959 p. 187 y ss.

³ HAURIO U, André, *Derecho Constitucional e instituciones políticas*. 2ª Ed. Barcelona 1980 p. 151.

⁴ Sobre esta importancia aplicada al Derecho Mercantil. RUBIO, Jesus, o.c. p. 15.

inspiran el ordenamiento jurídico del Estado; es preciso remitirse a él tanto en su aspecto formal, como en aquellas partes en que sienta los principios que rigen la actividad económica desarrollada por los individuos y por el Estado, para establecer: qué libertades, qué derechos y deberes, qué responsabilidades derivan éste y aquéllos en el ejercicio de dicha actividad. Este conjunto normativo constituye lo que se ha dado por llamar Constitución económica⁵. A través del desglose de sus elementos podrán determinarse “los derechos que legitiman la actuación de los sujetos económicos, el contenido y límite de esos derechos, la responsabilidad que comporta el ejercicio de la actividad económica, así como las instituciones competentes para establecer la normativa adecuada, y las instituciones jurisdiccionales ante las cuales pueden hacerse valer tales derechos, reclamar su vulneración y hacer efectiva la responsabilidad derivada de uso abusivo de aquellos”⁶.

No es esta noción típicamente jurídica; tuvo su origen en 1932 (a raíz de la constitución de Weimar); Beckerath concibió la constitución económica como “ordenación de la propiedad, del contrato y del trabajo, de la forma y extensión de la intervención del Estado, así como la organización y la técnica de producción y distribución”⁷.

Su origen económico despertó resistencias, por ser impreciso, o sencillamente un supuesto básico ideal. Además, desde la técnica constitucional, la constitucionalización de la economía rompe la neutralidad “política valorativa” del texto fundamental, condición que hace posible en el ejercicio del gobierno alterar el orden económico.

Dentro de la estricta lógica kelseniana (Kelsesiana), la Constitución como norma jurídica fundamental no puede contener valores, y menos conceptos económicos que desnaturalicen su sentido lógico jurídico⁸. Esta postura es acogida por Duque quien sostiene que la Constitución es un documento neutral, que no constitucionaliza ningún sistema económico, sino sólo expresa principios y derechos⁹.

5 FONT GALAN, E. Notas sobre el Modelo económico de la Constitución Española de.1978. En Revista de Derecho Mercantil 1979 p. 205.

6 Cfr. DUQUE, Justino. Iniciativa privada y empresa en Constitución y Economía obra colectiva Madrid 1977 p. 52.

7 Constitución y economía. o.c. p. 82 y 83.

8 KELSEN, H. Compendio esquemático de una teoría general del Estado. Barcelona 1927 p. 100. Traduc. Luis Recasens Siches.

9 DUQUE, J. Constitución y... o.c. p. 58.

No es nueva esta discusión en Alemania Federal. Descartando que la ley fundamental haya establecido un sistema económico socialista, se han discutido tres posturas a este respecto¹⁰:

1) **La Constitución está inspirada -se dice en los principios del Estado Social de Derecho**, y recoge la economía de mercado liberal, atenuada por la faceta social del Estado; postura sostenida por Nipperdey.

2) **La Constitución no se define expresamente por ningún sistema económico**; es la tesis de Durig y del propio Tribunal Constitucional Federal en sentencia de 20 de julio de 1954.

3) **Contiene en efecto la determinación de un sistema económico, pero mixto**; entre otros Huber. Debe aclararse que la neutralidad del Tribunal Alemán, no supone indiferencia; es cierto que el constituyente ha dejado amplio margen para la ordenación económica, pero también se quiere “libertad en la economía¹¹”.

Si bien no puede afirmarse que se constitucionaliza un modelo económico en sentido estricto, -que supondría la no viabilidad de diversas políticas económicas-, sí es indudable que el amplio margen para la libertad de empresa y su respeto, no permiten alterar, en lo esencial, el modelo económico, hasta comportar su transformación cualitativa. El respeto a los principios que la inspiran y configuran instituciones concretas, entre ellas las económicas, no puede suponer neutralidad absoluta.

ACTIVIDAD PEDAGÓGICA

Ap

Elabore un escrito donde explique cuáles son los fundamentos conceptuales del concepto de constitución económica y como son desarrollados en la constitución de 1991.

¹⁰ Recogemos esta discusión de: MARTIN RETORTILLO, L. *Energía nuclear y derecho*, Madrid 1964, p. 85.

¹¹ LOJENDIO, I. o.c. p. 84.

1.1.2. CONSTITUCIÓN ECONÓMICA Y ORDEN ECONÓMICO

El orden económico es el marco donde se realiza el proceso económico. Sólo en contadas situaciones históricas, la creación de órdenes económicos se basó en ciertos principios ordenadores de carácter general ideados racionalmente. Los primeros intentos fueron fruto de esa idea codificadora que inspirada fisiocráticamente quiso crear el orden económico liberal, basado en propiedad privada, libertad contractual y libre competencia. Este gran esfuerzo de una decisión total sobre el orden económico de una comunidad, es también una constitución económica.¹²

Aun cuando la Constitución Económica quiera efectuar una ordenación, -a menudo de facto-, sobre la base de tales constituciones se desarrollan órdenes distintos de la idea rectora. Según la idea liberal, la propiedad privada, la libertad contractual y la libre competencia debieran ser absoluta realidad, pero el orden económico decimonónico se fue alejando cada vez más de esos principios. Precisamente porque no basta la promulgación de principios, es necesario crear un mecanismo de correcciones, con miras a su preservación.¹³

Esto lleva a pensar que el orden jurídico no debe identificarse con el orden económico. Para el primero son relevantes las normas de Derecho, para el segundo los hechos económicos; distinción que no excluye la influencia entre unos y otros influencia que ha generado enorme interés, no sólo en el pasado, sino también en la actualidad (Lasalle¹⁴, Marx.¹⁵).

A poco pensar, se llega a la conclusión que el llamado “mercado” en economía, sólo es posible configurarlo institucionalmente, y por lo tanto su mantenimiento por imperativo constitucional, no permite la supuesta neutralidad.

Esta neutralidad desmoronó el orden clásico liberal, y esta misma neutralidad que se invoca de las instituciones constitucionales, también puede dar al traste con el orden actual, al conformarse órdenes económicos diferentes de los decididos constitucionalmente.

¹² EUCKEN, W. · *Fundamentos*. o. c. p. 89.

¹³ EUCKEN, W. *Fundamentos...* o.c. p. 91.

¹⁴ LASALLE, F. *¿Qué es una constitución?*. Buenos Aires 1957.

¹⁵ MARX, Karl. *Introducción a la crítica de la Economía política*, Córdoba 1974.

Esta relación entre “Constitución económica y orden económico” es, en últimas, el problema de las relaciones entre el derecho y la economía, difícil de resumir en estas páginas.¹⁶

1.1.3. CONSTITUCIÓN ECONÓMICA Y CONSTITUCIÓN POLÍTICA

En un primer sentido, tomado de las ciencias naturales, la “constitución” de una cosa es su estructura esencial; el modo como está configurada, sus elementos, y la forma como éstos se hallen relacionados entre sí. Podría decirse que este es el sentido “material” de constitución.¹⁷

También es “constitución” aquel documento escrito que contiene la ley fundamental del Estado, sobre la cual debe basarse la unidad del orden jurídico y político¹⁸. Ninguna ley posterior a la Constitución puede contradecirla; por eso mismo, incluso el principio de la mayoría se halla supeditado al respeto de las minorías que impone la Constitución, entendida como sistema que impide la concentración del poder y asegura la garantía de los derechos de todos¹⁹. En este sentido, podemos hablar de constitución formal o política.

Transponiendo estas enunciaciones al concepto de Constitución Económica, podemos hablar de una Constitución Económica “material” que aparte de los principios y regulaciones que trae la Constitución formal como cuerpo político, comprende otras normas que por su incidencia en el orden económico, que también lo “constituyen”.

Duque recoge un concepto de Constitución económica “formal”, -como aquella que aparece en los textos constitucionales-, y añade la existencia de una Constitución económica “material”, que comprende normas tan importantes para la conformación del orden económico, como las leyes de protección de la competencia²⁰. Es indudable el carácter “constitucional” de las normas de defensa de la competencia, en cuanto buscan configurar un mercado competitivo,

¹⁶ Al respecto puede consultarse:

OTERO, Carlos. *Una investigación sobre la influencia de la economía en el Derecho*. Madrid 1966. PEREZ DE AYALA, José L. *Las instituciones políticas y jurisprudenciales ante la moderna teoría económica. Un análisis conceptual*, en: *Anuario de Ciencia Económica*. Madrid, 1971 p. 5 a 75.

ALPA, Guido. *Interpretatione economica del diritto*, en: *Rivista del Diritto Commerciale*, 1981 p.205 y ss.

DENSETZ, Harold. *Toward a Theory of property rights en: American Economic Review* (May 1967) p. 347-359.

PAZ ARES, C. *La economía política como jurisprudencia racional*. En: *Anuario de Derecho Civil* 1981.

¹⁷ GONZÁLEZ C.J.A. *Teoría del Estado y Derecho Constitucional*. Barcelona 1980 p. 194.

Vid. MORTATI, C. *Enciclopedia del Diritto*. Voce “costituzione”; en *Costituzione Material* Tomo XI p. 169

¹⁸ KELSEN, H. o.c. p. 194.

¹⁹ GONZALEZ C.J.A. o.c. p. 194.

²⁰ DUQUE, J. en: *Constitución y económica*, o.c. p. 53.

considerando la forma más eficaz de satisfacer necesidades económicas; y desde el punto de vista político, justificable como descentralizador del poder político, a través de la descentralización del poder económico.

ACTIVIDAD PEDAGÓGICA



Elabore un ensayo conciso, de no más de dos páginas, en el cual analice la relación Derecho Constitucional Económico y Orden Público Económico en Colombia.

1.2. CONSTITUCIÓN ECONÓMICA: ELEMENTOS

Sin entrar aún en las precisiones jurídicas constitucionales, se enuncian, a nivel general, los elementos de una Constitución económica, de libre empresa y economía de mercado. Estos supuestos configuran un “tipo ideal”²¹ de economía de mercado competitiva, y facilita una aproximación desde lo abstracto, hasta lo concreto constitucional de las regulaciones específicas de la Constitución Colombiana.

1.2.1. ELEMENTOS DE LA COMPETENCIA PERFECTA

Es conveniente precisar que el concepto de competencia que usa este modelo, es el de competencia perfecta, como fue definido por Eucken como se resume a continuación:

1) El **sistema de precios**, debe ser el eje de toda política económica. El establecimiento de un eficaz sistema de precios significa evitar: subvenciones estatales, el establecimiento de monopolios estatales obligatorios, precios intervenidos, etc. Tampoco es suficiente la prohibición de los acuerdos restrictivos de la competencia. Se requiere toda una política económica que busque a través de la disolución de monopolios o consorcios de hecho, que sean los precios la medida de la competencia perfecta.²²

²¹ No es ociosa esta aclaración, porque tipo ideal no es: 1) Una posición sobre una realidad concreta, comprobable empíricamente. 2) No es una descripción de la realidad concreta que pueda corresponder y aplicarse directamente. 3) No es un promedio. 4) Ni una abstracción genérica. 5) En conclusión a) Es una simplificación de una realidad compleja. b) Asume conceptos interdisciplinarios:

WEBER, M^a *La objetividad del Conocimiento propio de las ciencias sociales políticas*; en: *Revista de economía política*, junio-diciembre 1956) p. 437-438.

EUCKEN, W. *Cuestiones fundamentales...* o.c. p. 113 y ss.

²² EUCKEN, W. o.c. p. 360.

2) **Estabilidad monetaria.** Se traduce en la búsqueda del valor de la moneda que haga posible prever las circunstancias monetarias y financieras futuras, facilitando la toma de decisiones.²³

3) **Mercados abiertos.** No es justificable el cierre de la oferta y la demanda, sea por parte del Estado, o por el poder económico privado. Pertenecen a este tipo de obstáculos a la libre competencia: la prohibición de ciertas actividades a particulares, la concesión de servicios en exclusiva, el derecho de patentes y la fijación pública o por acuerdos privados de precios. Lo que se desea con la existencia de mercados abiertos es la eliminación de todo mercado monopolístico.²⁴

4) **Propiedad privada;** que no significa de por sí una garantía para llevar a cabo un sistema de libre competencia. Se ha demostrado que la propiedad privada, en forma de mercados monopolísticos acarrea graves perjuicios. La propiedad privada en competencia perfecta significa: a) Poder de libertad y disposición en beneficio de la Economía Nacional. b) Imposibilidad de restringir el poder de disposición y libertad de otros propietarios, a costa de la colectividad.

Sólo con la competencia perfecta existe equilibrio entre los propietarios privados en la distribución del poder económico. Pero esta competencia sólo es posible en ausencia de formaciones monopolísticas, porque en ellas la propiedad privada actúa antisocialmente.²⁵

5) **Libertad contractual.** Esta libertad es imprescindible; sin contratos individuales libres que surjan de los planes económicos de los hogares y empresas, no es posible una dirección descentralizada del proceso económico a través de la competencia perfecta.

Debe existir ausencia de limitaciones a la libertad ajena a través del ejercicio de la libertad contractual. En consecuencia, no puede usarse en la formación de monopolios. Por esta razón, debe garantizarse esta libertad donde exista competencia perfecta, porque sólo así encuadra, contribuye a un sistema de libre competencia y recibe su sentido propio.²⁶

6) **Responsabilidad.** El que recibe algún beneficio debe soportar también las pérdidas; sin embargo es evidente la disolución práctica de este principio a

²³ EUCKEN, W. o.c. p. 372.

²⁴ EUCKEN, W. o.c. p. 379.

²⁵ EUCKEN, W. o.c. p. 386.

²⁶ EUCKEN, W. o.c. p. 389.

través de configuraciones monopolísticas. Además, sólo la responsabilidad así entendida hace posible o facilita la selección de empresas eficaces a través del mercado y la competencia.²⁷

7) **Permanencia de la política económica.** Cuando la política económica carece de permanencia satisfactoria, el orden de la competencia no puede funcionar plenamente. Es el supuesto de previsibilidad requisito para emprender planes y gestiones dentro del mercado.²⁸

8) **Independencia de estos principios.** Para que haya en realidad una economía de mercado, deben asumirse a cabalidad todos y cada uno de estos elementos y permitir su configuración.²⁹

1.2.2. TAREAS DEL ESTADO

Los anteriores elementos no excluyen la acción del Estado, concurren con ella; porque el Estado a diferencia del Estado liberal, debe asumir un papel relevante a través de las siguientes tareas:

- 1) Garantizar la competencia en el mercado, requisito del sistema de precios.
- 2) Actuar en el proceso de distribución de los beneficios del mercado, a través de la política fiscal.
- 3) Fijar una política económica estable que evite crisis coyunturales, dando constancia al sistema.
- 4) Intervenir en actuaciones estructurales que no puede asumir el sector privado por su riesgo, rentabilidad o tiempo.
- 5) Realizar una eficaz política social que asegure 1ª satisfacción de las necesidades no satisfechas por vía de mercado y haga reales los derechos y garantías sociales.

La concurrencia de estas acciones estatales, supone respeto y compatibilidad con la Economía de mercado.³⁰

²⁷ EUCKEN, W. o.c. p. 400.

²⁸ EUCKEN, W. o.c. p. 403.

²⁹ EUCKEN, W. o.c. p. 406.

³⁰ Tomado de GARCIA ECHEVARRIA, Santiago, *Economía social de Mercado*. o.c.

Interesa precisar el tipo de garantía de indudable naturaleza personal, a favor de un orden de competencia en las relaciones económicas. Este tipo de garantía puede venir indicada en la expresión “bien común”, como límite que exige una coherencia entre la libertad de empresa y la iniciativa privada con los principios que constituyen el “bien común”, finalidad última de la organización social. La coherencia de la finalidad personal, con la finalidad social, exige el respeto del derecho y la libertad ajena, que en lo relativo a la iniciativa económica son la garantía y protección de la competencia en su aspecto subjetivo y objetivo. Esta protección es garantía de que la libertad pueda ser ejercida por todos y en cuanto existe esta posibilidad se logra una de las finalidades sociales de la libertad conferida constitucionalmente.

1.3. LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA EN COLOMBIA

Se han presentado las bases históricas y teóricas sobre el concepto de constitución económica. Sin embargo, no ha sido abordado el concepto de Constitución económica en Colombia. Para superar este vacío conceptual, se presentará cuál ha sido la construcción jurisprudencial sobre el concepto de Constitución económica como se muestra a continuación:

A partir de la jurisprudencia,³¹ puede identificarse un concepto de Constitución económica así: “la Constitución económica colombiana no es indiferente a las políticas económicas: nuestra carta fundamental “consagra un Estado interventor a través de un conjunto sistemático de disposiciones jurídicas destinadas a la realización de un orden económico y social justo, dentro del marco del Estado social de derecho.”³² Esto significa que la Constitución de 1991 no es “un texto neutro que permita la aplicación de cualquier modelo económico, pues las instancias de decisión política deben de una parte respetar los límites impuestos por el conjunto de derechos, y de otra, operar conforme a los valores y principios rectores que la Carta consagra, así como procurar la plena realización de los derechos fundamentales”³³

Ahora bien, en relación con el margen de acción del gobierno y del legislativo en asuntos económicos, el mismo fallo la Corte Constitucional consideró que *“el Congreso y el Ejecutivo pueden llevar a cabo distintas políticas económicas siempre y cuando ellas tiendan de manera razonable a “hacer operantes los principios rectores de la actividad económica y social del Estado y velar por los derechos constitucionales.*

31 Sentencia C- 265 de 1994:

32 Sentencia C-074 del 25 de febrero de 1993. Magistrado Ponente Ciro Angarita Barón.

33 Ibidem.

Existe entonces entre las instituciones constituidas de representación popular y el texto constitucional una doble relación de libertad y subordinación³⁴”.

Sin embargo no queda claro cuál es el margen de intervención del gobierno en la economía. La misma Corte Constitucional³⁵ ha considerado que *“la Constitución nacional de corte finalista o teleológico recoge la doctrina constitucional contemporánea y consagra un Estado interventor a través de un conjunto sistemático de disposiciones jurídicas destinadas a la realización de un orden económico y social justo, dentro del marco del Estado social de derecho. La Carta no se limita entonces a regular la organización supra estructural del poder público. No. El constituyente recogió la tradición occidental de postguerra y con ella una nueva visión del derecho constitucional, de la cual deben destacarse cuando al menos tres elementos esenciales.*

En primer lugar, el nuevo derecho constitucional diseña un marco económico antológicamente cualificado, que parte del reconocimiento de la desigualdad social existente (art. 13), de la consagración de ciertos y determinados valores como la justicia y la paz social, principios como la igualdad y la solidaridad, y derechos y libertades civiles, sociales, económicos y culturales que conforman la razón de ser y los límites del quehacer estatal. No se trata entonces de un texto neutro que permita la aplicación de cualquier modelo económico, pues las instancias de decisión política deben de una parte respetar los límites impuestos por el conjunto de derechos, y de otra operar conforme a los valores y principios rectores que la Carta consagra, así como procurar la plena realización de los derechos fundamentales.

En segundo lugar, la Constitución dota al Estado de una serie de instrumentos de intervención en la esfera privada, en el mundo social y económico, con el fin de que a partir de la acción pública se corrijan los desequilibrios y desigualdades que la propia Carta reconoce y se pueda buscar, de manera real y efectiva, el fin ontológicamente cualificado que da sentido a todo el ordenamiento.

En tercer lugar, la Carta otorga a los agentes sociales, individuales y colectivos, mayores instrumentos de gestión, fiscalización, control y decisión sobre la cosa pública.

(...) Ahora bien, es cierto que la Carta crea un marco general de regulación económica, pero mal podría un texto -que pregonaba como fundamental el principio de la democracia-, constitucionalizar un modelo económico restringido, rígido,

³⁴*Ibidem*

³⁵ Sentencia C- 074 de 1993

inamovible, que tuviera como efecto legitimar exclusivamente una ideología o partido y vetar todas aquellas que le fueren contrarias.

El principio democrático supone la idea de alternación y esta solo se cumple si es posible que se debata en el panorama político con ideas y doctrinas diferentes a partir de las cuales la voluntad popular, representada en las urnas elija la que a su juicio desarrolle de mejor manera los conceptos de justicia que encierra la Carta política.

Es importante señalar entonces que el marco constitucional otorga a los actores políticos un amplio margen de libertad, al interior del cual es posible diseñar modelos económicos alternativos. Pero dichos modelos deben, en todo caso, estar encaminados a la realización de los valores que consagra la Carta, a hacer operantes los principios rectores de la actividad económica y social del Estado y velar por la efectividad de los derechos constitucionales. Existe entonces entre las instituciones constituidas de representación popular y el texto constitucional una doble relación de libertad y subordinación.”

Finalmente, no existe una posición jurisprudencial única sobre el concepto de Constitución Económica en Colombia. La Corte Constitucional ha sostenido que el Estado Social de Derecho, los principios de dignidad humana y de solidaridad social, el fin esencial de promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los derechos, deberes y principios constitucionales y el derecho fundamental a la igualdad de oportunidades, guían la interpretación de la Constitución económica e irradian todos los ámbitos de su regulación: -propiedad privada, libertad de empresa, explotación de recursos, producción, distribución, utilización y consumo de bienes y servicios, régimen impositivo, presupuestal y de gasto público.³⁶

1.4. ANÁLISIS DE JURISPRUDENCIA

J

1) Examine las sentencias **C-122 de 1997**: Control de constitucionalidad sobre el Decreto 080 del 13 de enero de 1997 “Por el cual se declara el estado de emergencia económica y social” y C-892 de 2002: Demanda de inconstitucionalidad en contra de los artículos 13, parcial, de la Ley 179 de 1994 “por el cual se introducen algunas modificaciones a la Ley 38 de 1989 Orgánica de Presupuesto”; 6, parcial, de la Ley 225 de 1995 “por la cual se modifica la Ley Orgánica de Presupuesto”, y

³⁶ Sentencia No. T-505

J

los artículos 31 y 97, parciales, del Decreto 111 de 1996 “por el cual se compilan la Ley 38 de 1989, la Ley 179 de 1994 y la Ley 225 de 1995 que conforman el Estatuto Orgánico del Presupuesto.”; elabore un resumen que comprenda los cargos de la demanda, el concepto de violación expuesto por la parte actora, las consideraciones de la Corte y la decisión tomada.

2) Presenten el resumen en el trabajo de grupo e impulsen un debate que les permita expresar comentarios, críticas, conclusiones y recomendaciones jurídicas. Al Respecto, establezcan las diferencias y discrepancias que se presenten en las sentencias o citas jurisprudenciales, sobre aspectos concretos que sean relevantes.

1.5. ACTIVIDADES PEDAGÓGICAS

Ap

Analice la **Sentencia C-122 de 1997** a partir de los siguientes criterios:

- Instrumentos de intervención en la economía.
- El presupuesto público como instrumento de intervención en la economía.
- Regulación de la actividad económica mediante instrumentos jurídicos de intervención estatal.

1.6. AUTOEVALUACIÓN

Ae

De acuerdo con lo estudiado en la presente Unidad, responda las siguientes preguntas:

Explique como ha evolucionado en Colombia la relación Derecho Constitucional Económico y Orden Económico.

Explique desde el punto de vista jurisprudencial (C-865 de 2004, C-450 de 2005 y C-1236) la relación entre Constitución Económica y el Derecho de Asociación. ¿Por qué la Limitación de la Responsabilidad Societaria?

Ae

¿Por qué el Derecho de Asociación cede primacía ante el concepto de Constitución Económica?

Responda si en su criterio el gobierno colombiano respeta y armoniza la concurrencia de elementos que conforman una Constitución Económica generando una efectiva compatibilidad con el Mercado.

1.7. BIBLIOGRAFÍA SELECCIONADA

Bs

ALPA, Guido. *Interpretatione economica del diritto*, en: *Rivista del Diritto Commerciale*, 1981.

DUQUE, Justino. *Iniciativa privada y empresa en Constitución y Economía obra colectiva* Madrid 1977

FONT GALAN, E. *Notas sobre el Modelo económico de la Constitución Española de 1978*. En *Revista de Derecho Mercantil* 1979

OTERO, Carlos. *Una investigación sobre la influencia de la economía en el Derecho*. Madrid 1966.

PAZ ARES, C. *La economía política como jurisprudencia racional*. En: *Anuario de Derecho Civil* 1981.

PÉREZDEAYALA, José L. *Las instituciones políticas y jurisprudenciales ante la moderna teoría económica, Un análisis conceptual*, en: *Anuario de Ciencia Económica*. Madrid, 1971.

SANCHEZ TORRES, Carlos Ariel. *Tesis Doctoral Universidad de Navarra*. España. 1983

Unidad 2 | EL PRESUPUESTO: ASPECTOS JURÍDICOS Y PROBLÉMICOS

Qg

Al amparo del Plan Nacional de Desarrollo y del Sistema Presupuestal, conocer los lineamientos básicos del Presupuesto General de la Nación.

Qe

- *Identificar los conceptos jurídicos inmersos en la noción de presupuesto.*
- *Analizar el problema de la inembargabilidad de cara a la sentencia judicial.*
- *Analizar el concepto de temporalidad de las leyes de presupuesto y el principio de anualidad presupuestal.*
- *Analizar el Principio de unidad de materia en la parte general de la ley de presupuesto*
- *Describir y analizar el concepto de presupuesto desde la construcción de conflictos jurídicos que tradicionalmente han sido objeto de estudio de los jueces y juezas.*
- *Analizar la modificación del presupuesto en estados de Excepción.*

INTRODUCCIÓN

Es necesario comenzar haciendo unos breves comentarios sobre el Plan Nacional de Desarrollo, en tanto se trata de un instrumento que junto con la Ley anual de Presupuesto se erigen en un conjunto de directrices tendientes a la concreción de las tareas públicas. En este sentido, la Carta Política establece en su artículo 341 y siguientes –con el desarrollo de la Ley 152 de 1994– los parámetros y requisitos que deben seguir las autoridades e instancias de planeación para la preparación, discusión, aprobación y ejecución del Plan Nacional de Desarrollo. En este ámbito discurren como autoridades de planeación el Presidente de la República, el Consejo Nacional de Política Económica y Social - *CONPES*³⁷, el *CONPES SOCIAL*, el Departamento Nacional de Planeación, el Ministerio de Hacienda y los demás Ministerios y Departamentos Administrativos; a su turno obran como instancias de planeación el Congreso de la República y el Consejo Nacional de Planeación.

El itinerario que se sigue para la expedición de la ley contentiva del Plan Nacional de Desarrollo, es el siguiente:

- 1) Una vez posesionado, el Presidente de la República debe convocar al Consejo Nacional de Planeación, al propio tiempo que señalar al Director de Planeación Nacional las orientaciones que debe tener en cuenta para la formulación del Proyecto de Ley correspondiente al plan de desarrollo, lo cual realizará el Director de Planeación en coordinación con los Ministerios, las entidades territoriales y con la sala administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.
- 2) El documento que se produzca en esta etapa es enviado al *CONPES*, para que en sesión ampliada con el *CONPES SOCIAL* y con cinco gobernadores y cinco alcaldes se haga el estudio correspondiente, con el agregado de que en lo tocante al plan de inversiones se debe contar con el concepto previo del *CONFIS*³⁸. Surtido este paso el documento debe enviarse al Consejo Nacional de Planeación que es una instancia de discusión a la que le corresponde promover un debate nacional (participación ciudadana) con el fin de que la comunidad plantee su diagnóstico de necesidades y las alternativas de solución que consideren

37 Consejo Nacional de Política Económica y Social – *CONPES*, creado en 1958, es una instancia que tiene como función la de orientar y asesorar en materia de inversión a las autoridades públicas correspondientes. El *CONPES* está integrado por el Presidente de la República varios Ministros, el Gerente del Banco de la República y el Gerente de la Federación Nacional de Cafeteros. Por su parte, el *CONPES SOCIAL* tiene una conformación similar a la del *CONPES* –no incluye al Gerente del Banco de la República ni al Gerente de la Federación Nacional de Cafeteros–, cuya competencia se orienta con mayor énfasis hacia la inversión social.

38 Creado a través de la Ley 38 de 1989. Es el Rector de la Política Fiscal y el coordinador del sistema presupuesta, según términos del artículo 25 del Decreto 111 de 1996.

viales. Culmina su tarea el Consejo Nacional de Planeación expresando las observaciones, conclusiones y recomendaciones a que haya lugar.

3) A continuación el CONPES realiza las enmiendas necesarias y entrega el documento depurado al Ejecutivo, quien a través del Ministro de Hacienda presenta el proyecto del Plan ante el Congreso de la República antes del 7 de febrero del año siguiente al de la posesión del Presidente de la República.

4) El Congreso, por su parte, dispone de un término de tres meses para expedir la Ley del Plan Nacional de Desarrollo; en caso contrario, el Presidente de la República podrá ponerlo en vigencia mediante Decreto con fuerza de Ley. Con fundamento en el Plan Nacional de Desarrollo todas las entidades del Estado deben elaborar sus respectivos planes de acción, de suerte que mientras la Ley del Plan es cuatrienal, los Planes de acción tienen una vigencia anual. Estos planes de acción se constituyen en una herramienta básica para la ejecución presupuestal en materia de inversión, a cuyos efectos deben inscribirse los proyectos concretos de inversión en el banco de programas y proyectos de inversión nacional que está bajo la tutela del Departamento Nacional de Planeación. Es de registrar que, si bien el Plan Nacional de Desarrollo³⁹ goza de flexibilidad en tanto el gobierno no está obligado a ejecutar todos los proyectos aprobados, ni está impedido para realizar programas de inversión no establecidos en la Ley del Plan, de otra parte, sólo se pueden ejecutar los proyectos de inversión que se hayan registrados previamente en el banco de programas y proyectos⁴⁰.

En este orden de ideas, aparece el sistema presupuestal, el cual se compone de tres elementos, a saber:

- Plan financiero;
- Plan operativo anual de inversiones, y,
- La Ley anual de presupuesto.

El plan financiero es un instrumento de planeación y gestión del sector público que expide el CONFIS. Su medición se basa en transacciones de caja, ingresos efectivamente recaudados y pagos efectivamente realizados, sobre cuyo registro

39 Durante el gobierno de Andrés Pastrana no hubo Plan Nacional de Desarrollo. La ley del Plan fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional, y el Decreto con Fuerza de Ley, con el que Pastrana quiso reincorporar el Plan Nacional de Desarrollo, por él promovido, también fue declarado inexecutable por la Corte.

40 Este instrumento fue creado a través de la Ley 38 de 1989.

se miden el déficit fiscal y su financiación. Con apoyo en el plan financiero el *CONFIS* fija las metas de pago del sector público no financiero, y concretamente las metas anuales de pago del gobierno nacional.

El plan operativo anual de inversiones lo presenta Planeación Nacional, con el monto de inversión delimitado por el *CONFIS*, para la aprobación del *CONPES*. Contiene los programas y proyectos de inversión a ejecutar por sectores y secciones.

La ley anual de presupuesto es el medio a través del cual se establecen los aforos y las apropiaciones presupuestales que resultan necesarios para la materialización del Plan Nacional de Desarrollo, y por supuesto, de las tareas asignadas a todas las entidades oficiales. Por lo tanto, conviene entrar en la esfera presupuestal del ingreso y del gasto en la forma que pasa a verse.

El presupuesto es el instrumento de política fiscal más importante para el manejo de las finanzas públicas. Su estudio puede ser abordado desde múltiples perspectivas, que incluyen diversos escenarios, principalmente, políticos, académicos, legales, económicos o sociales. Sin embargo, a pesar de representar una práctica política en su aprobación y una construcción técnica en su diseño, el proceso presupuestal es esencialmente jurídico.

El estudio del presupuesto desde ese punto de vista, no es un asunto novedoso, aunque tampoco concentra necesariamente la mayor atención de las agendas de gobierno. Por eso, este escrito tiene una motivación especial, que consiste en presentar y analizar la jurisprudencia más relevante entorno al conjunto de instituciones jurídicas que abarcan el nivel constitucional y legal del presupuesto.

También se muestran brevemente cuáles son las interpretaciones que la Corte Constitucional ha adoptado en la materia y el alcance de los principios presupuestarios; y cómo la doctrina ha definido el papel que tienen el ejecutivo, el legislativo y los respectivos órganos de control y participación ciudadana en la ejecución del presupuesto.

En esta perspectiva se hace indispensable destacar algunos principios presupuestales de orden constitucional y legal, tales como: el principio de la legalidad, el de la unidad de caja y el de la inembargabilidad.

2.1. EL PRINCIPIO PRESUPUESTAL DE LEGALIDAD

Aparece en el artículo 345 de la carta política. De acuerdo con él, no puede existir ingreso sin ley previa que lo establezca, ni egreso sin ley previa que lo estipule, en los siguientes términos:

En el plano del ingreso concurren dos componentes, el título y el aforo. El título es la ley a través de la cual se crea el ingreso,⁴¹ sobre cuya base se establece el aforo, el cual es la estimación anticipada del ingreso a recaudar durante un período fiscal con referencia al título.

Por lo tanto, dentro de la Ley anual de presupuesto no se podrían aforar valores que no correspondan a títulos creadores de ingreso, lo que permite afirmar que *la ley de presupuesto afora pero no crea ingreso*.

En el contexto del egreso también encontramos dos componentes concurrentes: el título y la apropiación. El título⁴² es la ley a través de la cual se crea el gasto; la apropiación es una autorización máxima de gasto⁴³ que se establece en la ley anual de presupuesto con apoyo en el título creador del gasto, de manera que, en forma similar a lo que ocurre con el aforo, en la ley anual de presupuesto no se podrían hacer apropiaciones sin la previa existencia del título que crea el gasto a que ella se refiere. *La Ley anual de presupuesto estipula apropiaciones pero no crea gastos*.

2.2. PRINCIPIO PRESUPUESTAL DE UNIDAD DE CAJA

Conforme a este principio, por regla general todos los recursos del Presupuesto General de la Nación que recaude el Estado, deben ir primeramente a un acervo común, a un solo sitio económico, para luego sí ser situados en cabeza de las entidades que hacen parte del Presupuesto nacional. En este sentido, los recursos fluyen, en primera instancia, hacia la Tesorería General de la Nación (dependencia del Ministerio de Hacienda) sin ninguna predeterminación, y posteriormente, con base en los programas anuales de caja, se sitúan los correspondientes valores a favor de las entidades estatales. Este principio se funda en la necesidad de otorgarle unidad y orden metodológico al proceso de liquidez recaudatoria, de una parte, y de ejecución del gasto, de otra.

⁴¹ Mediante la ley 633 de 2000 se creó el impuesto del 3 X 1000.

⁴² Así por ejemplo, las leyes que organizan las ramas del poder público, la ley del plan nacional de desarrollo, y también las sentencias judiciales, las actas de conciliación y los laudos arbitrales en firme.

⁴³ De acuerdo con la Ley 393 de 1997 y con lo expresado por la Corte Constitucional, como la apropiación presupuestal no entraña una obligación sino una autorización, resulta improcedente la acción de cumplimiento frente a actos que establezcan gastos.

Con arreglo a los mandatos constitucionales y legales, **éste principio admite excepciones** como las siguientes: las **rentas nacionales de destinación específica** que destaca el artículo 359 superior y concordantes, **los fondos especiales** y las **contribuciones parafiscales**.

En atención a la regla precedente, es importante advertir que los recursos correspondientes a las rentas de destinación específica hacen unidad de caja en el plano nacional, que no en la esfera territorial, es decir, tales rentas deben recibirse y ejecutarse de manera separada, con absoluta independencia de la unidad de caja que hacen todas las demás rentas del orden territorial, *de suerte que en ningún caso las rentas de destinación específica de los departamentos, distritos y municipios podrían hacer parte de la unidad de caja*, por lo que resulta forzoso llevar tales guarismos en cuentas separadas, tanto desde el punto de vista contable como en lo atinente a la función pagadora.

2.3. PRINCIPIO PRESUPUESTAL DE INEMBARGABILIDAD

La materialización de las tareas públicas del Estado se sustenta en un presupuesto público que debe ser cierto, consistente y de proyección segura dentro del año fiscal, sin perjuicio de las modificaciones que las necesidades aconsejen al tenor de los recaudos y gastos efectivos. Es decir, si bien el proceso presupuestario debe gozar de flexibilidad, de otro lado, es evidente la necesidad de que en su ejecución los ordenadores del gasto no se vean sorprendidos con múltiples autos de embargo y secuestro de los recursos de la nación. Esta regla tuitiva del tesoro público armoniza con los fines esenciales del Estado, en tanto corresponde a las servidoras y los servidores públicos proveer a las necesidades de la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes inscritos en la Constitución (Art. 2. C.P.).

Sin embargo, como esta regla no podría atentar válidamente contra los derechos fundamentales, es propio reconocer que ella admite excepciones, tal como se verá en líneas posteriores en casos como el del cobro de pensiones reconocidas en acto administrativo o en sentencia judicial ejecutoriada, o en los procesos ejecutivos mismos, al amparo de las medidas de embargo y secuestro que registra el Código de Procedimiento Civil en concordancia con el artículo 177 del Código Contencioso Administrativo, ya que, en el ámbito laboral, cómo podría protegerse el derecho fundamental al trabajo –que también es un valor fundante– cuando quiera que se impone en su contra una barrera de inembargabilidad; asimismo, cuál sería la suerte del debido proceso, cuando en una acción ejecutiva se niegan las medidas de embargo

y secuestro –que son de su esencia-, so pretexto de un inamovible principio de inembargabilidad. Se trata entonces de un juego de ponderación entre valores, principios y derechos constitucionales, del cual se ha ocupado con suficiente extensión la Corte Constitucional.

Es de observar también que, de acuerdo con lo establecido en el Decreto 115 de 1996 el principio de inembargabilidad no obra a favor de: (i) las empresas industriales y comerciales del Estado; (ii) las sociedades de economía mixta con aporte estatal del 90% o más y, (iii) las empresas de servicios públicos domiciliarios con aporte estatal igual o superior al 90% del capital social. Lo cual autoriza a quienes sean beneficiarios de títulos ejecutivos para demandar ejecutivamente a dichas empresas con medidas preventivas de embargo y secuestro, es decir, que en tales hipótesis no se aplica el artículo 177 del CCA.

En este espectro presupuestal conviene delimitar el siguiente problema jurídico: ¿puede el juez mediante un fallo, modificar la ejecución presupuestal, el que por mandato constitucional, corresponde en su diseño, y ejecución al Ejecutivo y su aprobación al Congreso?; en sentido complementario, ¿puede el fallo tener alcance sobre los recursos del presupuesto, los cuales están amparados por el principio de inembargabilidad?. Mediante el método de identificación del precedente, fueron identificados los fallos **C-013 y C-017 de 1993; y C-103 de 1994, como principales fallos**, y la **sentencia C-546 de 1992 como sentencia tesis**.

La solución planteada a estos interrogantes fue la siguiente: *Prima facie*, puede considerarse que una de las características del presupuesto es su inembargabilidad, principio que está contenido en la ley orgánica que regula la materia⁴⁴; por esa razón gozaría de una especial protección jurídica y de estatus cuasiconstitucional, lo que implica que prevalece frente al ordenamiento jurídico establecido en normas ordinarias; adicionalmente representa una especial condición para el interés general y de la sociedad, frente al eventual riesgo de ser capturado por los intereses económicos particulares de individuos que podrían afectar su estatus de medio para llevar a cabo los postulados del Estado Social de Derecho.⁴⁵ El principio de inembargabilidad pretende “proteger”

44 El Artículo 19 del Estatuto Orgánico de Presupuesto, que contiene el principio de inembargabilidad establece: *Son inembargables las rentas incorporadas en el Presupuesto General de la Nación, así como los bienes y derechos de los órganos que lo conforman. No obstante la anterior inembargabilidad, los funcionarios competentes deberán adoptar las medidas conducentes al pago de las sentencias en contra de los órganos respectivos, dentro de los plazos establecidos para ello, y respetarán en su integridad los derechos reconocidos a terceros en estas sentencias. Se incluyen en esta prohibición las cesiones y participaciones de que trata el capítulo 4 del título XII de la Constitución Política. Los funcionarios judiciales se abstendrán de decretar órdenes de embargo cuando no se ajusten a lo dispuesto en el presente artículo, so pena de mala conducta (Ley 38/89, artículo 16, Ley 179/94, artículos 60., 55, inciso 3o.).*

45 En Sentencia C-263 de 1994 la Corte Constitucional manifestó lo siguiente: “Se trata de instituir una forma

el presupuesto público de acciones jurídicas que cambien su destinación o impidan la realización de los fines para los cuales fue diseñado por el Ejecutivo y aprobado por el Legislativo.⁴⁶

Sin perjuicio de este principio, el Alto Tribunal Constitucional ha estimado que a pesar de tener los recursos del presupuesto dichas condiciones especiales: *“el embargo de bienes del Estado para que, por la vía judicial se lleve a cabo la ejecución que permita hacer exigible el pago de una obligación dineraria, no conduce a que se vulnere la previsión constitucional contenida en el inciso segundo del artículo 346 de la actual Carta Política”*⁴⁷.

En cuanto al momento para hacer efectiva esa obligación dineraria, el juez constitucional consideró necesario flexibilizar el alcance del principio de inembargabilidad presupuestal, de tal forma que mediante un procedimiento administrativo, se logren conciliar ambos preceptos jurídicos: el pago de la obligación destinada a hacer efectivos algunos derechos constitucionalmente consagrados, por ejemplo, salario, y el principio de inembargabilidad. La solución planteada consiste en una aparente armonización entre los principios de inembargabilidad y de dignidad humana, éste último representado en el pago de la obligación dineraria o salario, el cual es dependiente del primero, y por lo tanto, debe gozar de especial protección constitucional.⁴⁸ Entonces, **para**

de intangibilidad temporal de tales recursos, de modo que eventuales embargos no perjudiquen financieramente a la entidad, frustrando así, por razones de interés particular, los objetivos de beneficio público que persiguen (art. 1º C.N.). Es por ello que el principio de inembargabilidad presupuestal no riñe con la Constitución sino que, por el contrario, contribuye a desarrollarla en cuanto permite a los entes públicos realizar los postulados del Estado Social de Derecho, ya que, al eliminar el riesgo de embargos -que podrían paralizar la administración en el ramo correspondiente-, garantiza la disponibilidad de los recursos económicos que permitan el cumplimiento de los fines inherentes a la función respectiva.”

46 En este punto debe revisarse lo planteado en el fallo SU-1052 de 2000 en el cual la Corte Constitucional manifestó: *“compete al Gobierno Nacional presentar el proyecto de presupuesto y la ley de apropiaciones en armonía con su política económica y fiscal, no le corresponde al juez de tutela ordenar su modificación con miras a que se incluya un rubro destinado al incremento salarial de los servidores públicos, porque, de hacerlo, se inmiscuiría por vía de tutela, en los asuntos que competen a otras autoridades, desbordando así la competencia constitucional conferida en el artículo 86 de la Constitución Política y deberá responder por extralimitación de funciones de conformidad con lo dispuesto por el artículo 6 del mismo ordenamiento.”*

47 En este punto debe revisarse lo planteado en la Sentencia: C-546 de 1992 en la cual la Corte Constitucional estableció: *“(…) En efecto, la inembargabilidad del presupuesto está fundada en la protección del bien público y del interés general. Sin embargo, en el proceso de su aplicación, dicha norma pone en entredicho el derecho a la pensión de algunos empleados públicos a quienes no se les niega el derecho pero tampoco se les hace efectivo. (...) La norma que establece la inembargabilidad del presupuesto obstaculiza la efectividad del derecho al salario. Juridicamente -con base en la Constitución de 1991- no es lo mismo un derecho válido inefectivo que un derecho válido efectivo.”*

48 En este punto debe continuarse con lo planteado en el fallo: C-546 de 1992 donde la Corte estableció: *“(…) De las anteriores consideraciones se desprende un conflicto entre dos valores que deben ser sopesados y analizados para tomar una decisión sobre la exequibilidad de las normas demandadas: el primero de estos valores tiene que ver con la protección de los recursos económicos del Estado y del interés general abstracto que de allí se desprende. El segundo valor en conflicto está vinculado con la efectiva protección del derecho fundamental al pago del salario de los*

la Corte Constitucional el derecho al pago del salario de trabajadores, por su especial protección y por su carácter de valor fundante del Estado social de derecho, merece una especial protección frente al principio de inembargabilidad del presupuesto.

La misma Corte Constitucional ha conferido especial protección de los derechos cuando se encuentran frente a situaciones jurídicas con estatus casiconstitucional como las contenidas en las normas orgánicas de presupuesto. En materia de derechos deberá revisarse lo dicho en el fallo C-337 de 1993, donde la Corte consideró que: (i) la embargabilidad de las rentas y recursos incorporados en el presupuesto nacional es procedente, cuando se trata de sentencias que han condenado a la Nación o a entidades del Estado, habiendo transcurrido un lapso superior a los dieciocho (18) meses, contados a partir de la ejecutoria de la providencia como lo establece el artículo 177 del Código Contencioso Administrativo; (ii) *el principio de la inembargabilidad no es absoluto, ya que con base en él no puede la administración desconocer un derecho fundamental*; (iii) el principio de inembargabilidad es un criterio de seguridad presupuestal, que vela por la existencia de recursos, que son de interés general, pero nunca puede atentar, ni ser causa del desconocimiento de cualquier derecho fundamental, pues *no hay título jurídico contra la validez y eficacia de los derechos fundamentales*.⁴⁹

En síntesis, asistimos a una colisión de principios constitucionales, en la que la solución planteada se circunscribe al ámbito del derecho administrativo y la efectiva protección frente al conflicto entre derechos quedó con un margen de decisión para el juez o jueza, quien hará efectivo el cumplimiento por sentencia de las obligaciones dinerarias a cargo del Estado surgidas de las obligaciones laborales, mediante el embargo de bienes y rentas incorporados al presupuesto de la nación, en los términos del artículo 177 del Código Contencioso Administrativo.⁵⁰

trabajadores vinculados con el Estado. (...) Para la Corte Constitucional, entonces, el principio de la inembargabilidad presupuestal es una garantía que es necesario preservar y defender, ya que ella permite proteger los recursos financieros del Estado, destinados por definición, en un Estado social de derecho, a satisfacer los requerimientos indispensables para la realización de la dignidad humana."

49 Estos criterios ya habían sido planteados en la C-546 de 1992 identificada como sentencia hito.

50 En este sentido la Corte Constitucional ha reiterado: "esta Corporación estima que los actos administrativos que contengan obligaciones laborales en favor de los servidores públicos deben poseer la misma garantía que las sentencias judiciales, esto es, que puedan prestar mérito ejecutivo -y embargo- a los dieciocho (18) meses después de haber sido ejecutoriados, de conformidad con el artículo 177 del código contencioso administrativo (...) En consecuencia, esta Corte considera que en aquellos casos en los cuales la efectividad del pago de las obligaciones dinerarias a cargo del Estado surgidas de las obligaciones laborales, solo se logre mediante el embargo de bienes y rentas incorporados al presupuesto de la nación, este será embargable en los términos del artículo 177 del Código Contencioso Administrativo." Ver sentencia C-546 de 1992.

El artículo 177 del Código Contencioso Administrativo establece lo siguiente: "Efectividad de condenas contra entidades públicas. Cuando se condene a la Nación, a una entidad territorial o descentralizada al pago o devolución de una cantidad líquida de dinero, se enviará inmediatamente copia de la sentencia a quien sea competente para

Ahora bien, frente al elevado número de demandas que originó este precedente, en Sentencia C-013 de 1993 la Corte consideró que bajo la similitud con otros casos como los contemplados en la C-546 de 1992, la efectividad del pago de las obligaciones laborales a cargo de la Nación sólo pueda hacerse mediante el embargo de recursos incorporados en el Presupuesto, (en cuyo) caso en el cual se ajustará a lo señalado en el artículo 177 del Código Contencioso Administrativo. En consecuencia, *la Corte reitera el precedente jurisprudencial, en el sentido que el derecho al trabajo, por su especial protección en la Carta y por su carácter de valor fundante del Estado Social de Derecho, merece una especial protección, respecto de la inembargabilidad del presupuesto.*

La línea jurisprudencial conduce a confirmar la tesis, en la cual, el mismo razonamiento se hace extensivo no solamente al pago de obligaciones salariales, sino también prestacionales, como se manifestó en el fallo C-017 de 1993, donde la Corte declaró la constitucionalidad del artículo 1º de la Ley 15 de 1982, en la parte que dice *“Los dineros oficiales para el pago de pensiones de jubilación, vejez, invalidez y muerte son inembargables”*, la sentencia consideró las situaciones en las cuales la efectividad del pago de las obligaciones laborales sólo pueda hacerse mediante el embargo de los mismos casos, en el cual se ajustará a lo señalado en el artículo 177 del Código Contencioso Administrativo. El embargo se haría efectivo no solamente para garantizar el derecho al trabajo, sino también se amplía su órbita de competencia al pago de pensión de jubilación, vejez, invalidez y muerte.⁵¹

ejercer las funciones del ministerio público frente a la entidad condenada.

El agente del ministerio público deberá tener una lista actual de tales sentencias, y dirigirse a los funcionarios competentes cuando preparen proyectos de presupuestos básicos o los adicionales, para exigirles que incluyan partidas que permitan cumplir en forma completa las condenas, todo conforme a las normas de la ley orgánica del presupuesto.

El Congreso, las Asambleas, los Concejos, el Contralor General de la República, los Contralores Departamentales, Municipales y Distritales, el Consejo de Estado y los tribunales contencioso administrativos y las demás autoridades del caso deberán abstenerse de aprobar o ejecutar presupuestos en los que no se hayan incluido partidas o apropiaciones suficientes para atender al pago de todas las condenas que haya relacionado el Ministerio Público.

Será causal de mala conducta de los funcionarios encargados de ejecutar los presupuestos públicos, pagar las apropiaciones para cumplimiento de condenas más lentamente que el resto. Tales condenas, además, serán ejecutables ante la justicia ordinaria dieciocho (18) meses después de su ejecutoria.

Las cantidades líquidas reconocidas en tales sentencias devengarán intereses comerciales y moratorios.

Cumplidos seis (6) meses desde la ejecutoria de la providencia que imponga o liquide una condena o de la que apruebe una conciliación, sin que los beneficiarios hayan acudido ante la entidad responsable para hacerla efectiva, acompañando la documentación exigida para el efecto, cesará la causación de intereses de todo tipo desde entonces hasta cuando se presentare la solicitud en legal forma.

En asuntos de carácter laboral, cuando se condene a un reintegro y dentro del término de seis meses siguientes a la ejecutoria de la providencia que así lo disponga, éste no pudiese llevarse a cabo por causas imputables al interesado, en adelante cesará la causación de emolumentos de todo tipo.”

51 Dentro del contenido de la sentencia C- 017 de 1993, la Corte consideró que “las situaciones en las cuales la efectividad del pago de las pensiones sólo pueda lograrse mediante el embargo de los fondos destinados al pago de pensiones de jubilación, vejez, invalidez y muerte, en cuyo caso el embargo correspondiente se ajustará a lo señalado

Ahora bien, el problema se trasladaría a un escenario temporal y procesal, donde los funcionarios y funcionarias tendrían hasta 18 meses para cancelar los derechos laborales y prestacionales de los empleados y empleadas, del cual depende la realización de otros derechos fundamentales contemplados en la Carta Política. La Corte en Sentencia C-103 de 1994, sentó un precedente sobre este particular, y manifestó que tales autoridades deben hacer cuanto esté a su alcance para cumplir las sentencias en el menor tiempo posible, sin tomarse el término de 18 meses a que se refiere el artículo 177 del C.C.A.; esto, con el fin de evitar dilatar injustificadamente el cumplimiento de esta clase de fallos; no sólo perjudica a sus beneficiarios, sino que representa una carga exagerada para el erario y, en últimas, para el contribuyente.

A manera de conclusión: (i) **el presupuesto es embargable** si previo acto administrativo que preste mérito ejecutivo se reconoce una obligación de la respectiva entidad pública, siempre que haya transcurrido el lapso indicado en el artículo 177 del C.C.A., vale decir, más de dieciocho (18) meses contados a partir de la ejecutoria de la providencia. De allí resulta, como lo manifiesta la Corte Constitucional (Sentencia C-263/1994), que **la inembargabilidad es apenas temporal**. (ii) El principio de inembargabilidad no puede desconocer las obligaciones contraídas por el Estado en materia laboral, según lo destacó la Corte en sus fallos C-546 de 1992, C-337 de 1993 y C-103 de 1994, entre otros, por cuanto entran en conflicto la protección de los recursos económicos estatales y la efectividad del derecho fundamental al pago del salario y las prestaciones de los trabajadores vinculados al Estado. Por tanto, debe prevalecer éste último valor, pues de no ser así se desconocería abiertamente la definición constitucional del Estado Social de Derecho y se desvirtuarían sus consecuencias jurídicas.

Ahora, si bien se da paso a la embargabilidad de recursos, la misma Corte ha puesto límite a las cuentas que serían embargables. El límite establecido es que los recursos sujetos de embargo no pueden ser aquellos que tengan por finalidad propósitos de beneficio social, y en todo caso, el límite cuantitativo del embargo no podrá ser superior a la tercera parte de los recursos propios de las entidades descentralizadas del orden departamental. Esto quiere decir, que si bien los recursos del presupuesto son embargables, no todos los recursos son susceptibles de esta medida cautelar, ya que con algunos de ellos, es mediante los cuales se concreta el postulado del Estado social de derecho.⁵²

en el artículo 177 del Código Contencioso Administrativo."

⁵² Por ejemplo, en el fallo C-263 de 1994, la Corte manifestó: "(...) Debe señalarse que lo dicho en relación con créditos laborales es válido, en el caso que ocupa la atención de la Corte, para obtener embargo de recursos pertenecientes a las entidades descentralizadas del orden departamental con destino al pago de acreedores laborales de ellas, mas no respecto de cobros que en esa materia se instauren contra la Nación y que pretendan hacerse valer mediante embargo

En materia de fallos de tutela, la Corte Constitucional ha tenido consideraciones adicionales, por ejemplo, en el fallo T-269 de 1996 manifestó:

“(…) al juez de tutela no le compete inmiscuirse en las decisiones sobre la oportunidad o conveniencia de disponer de los fondos públicos en la construcción de una u otra obra; cosa distinta es que las órdenes que expida, tendientes al restablecimiento de los derechos fundamentales violados o amenazados a sus titulares por las autoridades, tengan efectos sobre la actividad de los entes administrativos; esas órdenes deben afectar la manera en que las autoridades venían cumpliendo con la función ejecutiva, hasta el punto en que desaparezca la amenaza o violación cuya existencia verifique el juez del conocimiento, así la administración deba, para cumplir con ellas, modificar decisiones discrecionales sobre el empleo eficaz del presupuesto disponible.”

Surgen interrogantes sobre los efectos en el presupuesto, de fallos que protegen un derecho fundamental, de otros que no lo hacen y las diferencias en el tratamiento de recursos embargables, por ejemplo, para el pago de salarios, de otros del mismo presupuesto.⁵³ ¿Existiría una ponderación que pretende proteger los derechos en cuestión? Aunque la Corte ha reconocido el límite de su competencia y evita un co-gobierno a través de su incidencia en los fallos que obligan a cancelar recursos inicialmente no contemplados en el presupuesto, no es claramente determinable el fundamento para justificar el alcance de la acción.⁵⁴

Es menester analizar si la posibilidad de la autorización de embargo de recursos del presupuesto se extiende más allá de atender las obligaciones laborales o prestacionales. La evidencia jurisprudencial demuestra la relación de dichos

de las transferencias, pues éstas tienen la finalidad propia y específica de fortalecer el patrimonio de las entidades descentralizadas. Si tales embargos fueran posibles se verían frustrados sus propósitos de beneficio social. Adviértese, por otra parte, que los preceptos controvertidos consagran la embargabilidad parcial (en una tercera parte) de los recursos propios de las entidades descentralizadas del orden departamental.”

53 En Fallo T- 685 de 1999, la Corte consideró: “La anterior jurisprudencia ha sido reiterada en múltiples ocasiones por esta Corporación en donde se ha dejado claro que la mora en el pago de la remuneración adeudada al trabajador no sólo constituye una violación flagrante al artículo 25 de la Constitución Política, sino también de otros derechos fundamentales, cuando el salario constituye el único medio de subsistencia para él y su familia. Cuando el incumplimiento del empleador, público o privado, afecta el mínimo vital del trabajador y su familia, esta Corporación ha sostenido que se hace procedente la acción de tutela para solicitar la protección requerida, ya que la existencia de otros medios judiciales de defensa no resultan efectivos para la protección inmediata de los derechos vulnerados.”

54 Al respecto la Corte ha manifestado en el fallo T-185 de 1993 lo siguiente: “Aceptar que el juez de tutela -sin tener certeza sobre la existencia y disponibilidad actuales del recurso- pudiera exigir de la administración la ejecución de todo rubro presupuestal en un término tan perentorio como el previsto en el artículo 29, numeral 5, del Decreto 2591 de 1991, bajo el apremio de las sanciones contempladas en los artículos 52 y 53 eiusdem, llevaría a un co-gobierno de la rama judicial en abierta violación del artículo 113 de la Carta Política, desnaturalizaría el concepto de gestión administrativa y haría irresponsable al gobierno por la ejecución del Presupuesto, en cuanto ella pasaría a depender de las determinaciones judiciales.”

postulados con el pago de otras obligaciones, las cuales, indiferente de su naturaleza o del derecho que pretendan cubrir, tendría un acervo jurídico para iniciar la exigibilidad de los pagos con cargo al presupuesto y cabría cualquier relación contractual con cargo presupuestal, que abre la posibilidad de exigir el pago de mesadas, pensiones, y otros gastos por vía judicial.⁵⁵

Surge la duda sobre la discrecionalidad del juez o de la jueza, para determinar la eficacia de la acción de tutela para el pago de obligaciones laborales, prestacionales y en general la ejecución presupuestal.⁵⁶ En el fallo T-526 de 1997 la Corte había considerado previamente un razonamiento que se podría llamar *extensivo*, en relación con la incidencia presupuestal, pero la tesis cambió y ahora es *restrictivo*:

“La acción de tutela no debe en principio ser empleada como herramienta para intervenir en la ejecución del presupuesto de un municipio, o ciudad, ordenándole la ejecución de obras o adquisición de bienes con tal de garantizar la protección de derechos fundamentales. Sin embargo, en el presente caso y ante la inminencia de un perjuicio irremediable, como puede ser el derrumbe de otros muros y tapias del plantel, con el inminente peligro de causar una tragedia de grandes proporciones que pueda afectar la integridad física o incluso causar la muerte a alguna persona, se procederá a tutelar como mecanismo transitorio los derechos a la vida, salud y educación. De esta manera se ordenará a la Alcaldía Municipal, a sus dependencias de Obras Públicas y al Departamento de Planeación Municipal, que dentro de los treinta (30) días siguientes a la notificación de la presente sentencia, realice las obras civiles que considere pertinentes para garantizar seguridad en las instalaciones de dicho plantel educativo, obras que deberán buscar la protección de las aguas lluvias que como consecuencia de los aguaceros anegan las instalaciones de dicho plantel educativo.”

La misma Corte Constitucional ha considerado que cuando se ha obtenido el reconocimiento de un derecho por parte de la justicia laboral, y el demandado no ha cumplido con la condena impuesta, lo procedente es, en principio, iniciar

55 Dicha amplitud fue nuevamente revisada en el fallo C- 402 de 1997: “la legitimidad del principio de la inembargabilidad del presupuesto no implica que el Estado pueda desatender sus obligaciones patrimoniales con los particulares, por lo cual corresponde a los funcionarios encargados de ejecutar los presupuestos públicos emplear la mayor diligencia para cumplir tales obligaciones, con el fin de evitar no sólo que se causen perjuicios al tesoro público por concepto de los eventuales intereses sino también para evitar dilaciones en perjuicio de los particulares acreedores. No se puede olvidar que las relaciones entre el Estado y los particulares se rigen por la buena fe (CP art. 83), por lo cual no pueden las autoridades invocar un principio que es en sí mismo legítimo, como la inembargabilidad del presupuesto, con el fin de injustificadamente dilatar el cumplimiento de las obligaciones del Estado con sus acreedores.”

56 Ver sentencia: T-586 de 2000, en la que la Corte manifestó que “el juez constitucional ante la evidente situación de los actores, no puede hacer caso omiso de los derechos fundamentales comprometidos, por lo que deberá proceder a protegerlos, en la medida en que los demandantes no tienen otra fuente de ingresos diferentes a sus mesadas pensionales, y su subsistencia se encuentra gravemente lesionada.”

un proceso ejecutivo con el fin de obtener por esa vía el cabal cumplimiento de la sentencia (Sentencia T-410/1998). Pero, que en el momento en que se hubiere ordenado el pago de deudas laborales y no se probó que los accionantes estuvieran en trance de ver afectado su mínimo vital, ni que, siendo personas de la tercera edad, carecieran absolutamente de otros medios de subsistencia, se confirmará la decisión de negar la protección de los derechos a la vida y a la integridad, pues su vulneración no fue demostrada. El cumplimiento del principio de inembargabilidad estaría determinado por un amplio margen de discrecionalidad del juez o de la jueza, quien finalmente deberá ponderar la situación fáctica, y la decisión para su cumplimiento.⁵⁷

Finalmente, en la Sentencia C-832 de 2001, en la cual la Corte consideró que:

(...) el Estado cuenta con un término preciso para efectuar el respectivo trámite presupuestal para efectos de cancelar el monto de la condena judicial por los perjuicios causados a los particulares. En síntesis, es viable afirmar que el plazo con que cuenta la entidad para realizar el pago de las sentencias de condena en su contra, no es indeterminado, y por lo tanto, el funcionario presuntamente responsable, objeto de la acción de repetición, no tendrá que esperar años para poder ejercer su derecho de defensa.” Sin embargo, es claro que el tema no se ha definido.

2.4. LA TEMPORALIDAD DE LAS LEYES DE PRESUPUESTO Y EL PRINCIPIO DE ANUALIDAD

De acuerdo con el artículo 14 del Decreto 111 de 1996 el principio de anualidad se define, así:

“El año fiscal comienza el 1º de enero y termina el 31 de diciembre de cada año. Después del 31 de diciembre no podrán asumirse compromisos con cargo

⁵⁷ Una de las sentencias que permitió confirmar el antecedente jurisprudencial aquí presentado fue la T-531 de 1999: “De las consideraciones precedentes, se extraen las siguientes consecuencias: 1. Es procedente la ejecución de la Nación y demás entidades públicas cuando se trata de acreencias laborales o de otra naturaleza, en los términos del art. 177 del C.C.A., bien sea que el título lo constituya una sentencia o un acto administrativo. La ejecución puede comprender no sólo el capital sino intereses moratorios, conforme a la citada disposición, exigibles a partir de la ejecutoria de la sentencia o del correspondiente acto administrativo, según se desprende no sólo de los pronunciamientos de la Corte referenciados anteriormente, sino de la sentencia C-188/99 en la cual se declararon inexecutable las expresiones “durante los seis meses siguientes a su ejecutoria” y “después de este término” del inciso último del art. 177 del C.C.A. El pago de intereses moratorios, en los casos de ejecución por la vía laboral de entidades públicas se rige, en consecuencia, por el art. 177 del C.C.A. y no por el art. 1617 del Código Civil, pues como señaló la Corte, en parte alguna esta disposición se refiere al pago de intereses moratorios en el caso del no pago oportuno de pensiones. Tampoco agrega la Sala, esta norma se refiere a los intereses moratorios que deban pagarse cuando se deban salarios u otras prestaciones sociales. La Corte al elaborar la doctrina constitucional relativa a la protección del salario y de las prestaciones sociales, ha considerado que para que éstos conserven su valor real, deben reconocerse intereses moratorios a la tasa del mercado; ésta corresponde a la prevista en el art. 177 del C.C.A.”

a las apropiaciones del año fiscal que se cierra en esa fecha y los saldos de apropiación no afectados por compromisos caducarán sin excepción.”

Según este principio, por regla general el ordenador del gasto solamente puede asumir obligaciones con cargo al presupuesto general de la nación del año en curso, entre el 1º de enero y el 31 de diciembre del respectivo año, es decir, que todos los actos que aquél emita con referencia al año fiscal que lo cobija no pueden desbordar los mencionados límites temporales, como sería por ejemplo el tratar de adquirir compromisos con cargo a la vigencia fiscal del año anterior o a la vigencia fiscal del año siguiente al actual.

*Como excepción a esta regla se encuentra el fenómeno de las vigencias futuras, el cual tiene lugar cuando las entidades estatales requieren la ejecución de obras o la prestación de servicios que abarcan más de una vigencia fiscal, para este fin la disponibilidad presupuestal del año en curso es insuficiente, por lo cual, con fundamento en estudios debidamente sustentados pueden acudir esas entidades ante el CONFIS para solicitarle autorización que les permita la realización de los mencionados cometidos. Este trámite comporta el cumplimiento de unos requisitos tales, como el de **disponer de una apropiación presupuestal no inferior al 15% -en el año actual-** de los montos requeridos **como vigencias futuras**.*

Como excepción a la excepción *–no requieren apropiación del 15%–* la normativa rectora prevé la autorización de vigencias futuras cuando se trate de contratos relativos a infraestructura, energía, telecomunicaciones, aeronáutica civil, defensa nacional y garantía de concesiones.

En el campo del presupuesto general de la nación las vigencias futuras son autorizadas por el CONFIS, pero éste puede delegar dicha competencia en la dirección general de presupuesto *–dependencia del Ministerio de Hacienda–*. Lo propio ocurre en relación con las empresas de servicios públicos domiciliarios sujetas al Decreto 115 de 1996, las cuales actualmente tienen por delegación del CONFIS la facultad para auto habilitarse en materia de vigencias futuras, con la observancia de las reglas que al efecto les determina el CONFIS. Es decir, que en la hipótesis de estas empresas de servicios, sus juntas directivas pueden autorizarse los montos correspondientes a las vigencias futuras requeridas, previo cumplimiento de los requisitos y condiciones establecidos.

En el plano territorial la autorización de las vigencias futuras está a cargo de las asambleas departamentales y de los concejos municipales.

Aunque no corresponden propiamente a la regla inscrita en el principio de anualidad de presupuesto, resulta pertinente traer a colación dos figuras que se presentan después de haberse asumido las respectivas obligaciones, a saber: reservas presupuestales y cuentas por pagar.

2.4.1. RESERVAS PRESUPUESTALES

Las Reservas presupuestales se deben constituir por el ordenador del gasto junto con el Jefe de Presupuesto, cuando existe un contrato estatal debidamente perfeccionado, pero no ejecutado total o parcialmente a diciembre 31 del año fiscal en que fue celebrado, y que por tanto, cumplida su ejecución por parte del contratista debe ser pagado por la entidad estatal en la vigencia fiscal siguiente. Una vez constituidas las reservas presupuestales, deben ser enviadas por la entidad a la Dirección General del Presupuesto Nacional para su registro y traslado adicional a la Dirección General del Tesoro.

2.4.2. LAS CUENTAS POR PAGAR

Las Cuentas por pagar se deben constituir por el ordenador del gasto junto con el pagador o tesorero, cuando un contrato debidamente perfeccionado y ejecutado por parte del contratista no ha sido pagado por el Estado a diciembre 31. También se constituyen las cuentas por pagar cuando se ha pactado un anticipo en el contrato estatal, pero no se ha pagado a diciembre 31. La relación de las cuentas por pagar debe enviarse a la Dirección General del Presupuesto Nacional, la cual comunica lo pertinente a la Dirección General del Tesoro.

En las sentencias C- 039 de 1994 y C-053 de 1998 tiene asiento una importante elaboración jurisprudencial, al igual que en los fallos C-337 de 1993 y C-179 de 1994.

Para la Corte Constitucional el principio de anualidad no tiene una concepción absoluta, pues debe entenderse en el contexto fiscal que el presupuesto es en si un medio para lograr los fines del Estado, y por lo tanto, debe entenderse en armonía con otras normas, como la del Plan de Desarrollo, especialmente en la presentación del presupuesto plurianual de inversiones⁵⁸, y las que regulan

⁵⁸ El artículo 7º de la Ley 152 de 1994 define los presupuestos plurianuales como la proyección de los costos y fuentes de financiación de los principales programas y proyectos de inversión pública, cuando éstos requieran para su ejecución más de una vigencia fiscal. Cuando en un sector o sectores de inversión pública se hubiere iniciado la ejecución de proyectos de largo plazo, antes de iniciarse otros, se procurará que los primeros tengan garantizada la financiación hasta su culminación.

tanto la expedición de éste último como con las que regulan la elaboración misma del presupuesto. La Corte, en la sentencia C-337 de 1993 consideró que *“es imposible planear un desarrollo armónico e integral sobre la base de una anualidad absoluta, ya que la labor de planear el desarrollo sugiere la previsión de metas a largo plazo para establecer los propósitos de mediano y corto plazo, como medidas coordinadas para llegar al fin. Sin la plurianualidad, el proceso presupuestal no estaría en armonía con el proceso de planeación, lo cual contraviene el espíritu de la Carta”*.⁵⁹

El principio de la anualidad del Presupuesto se origina en los artículos 346 y 347 de la Constitución Política. El artículo 346 establece que *“El Gobierno formulará anualmente el Presupuesto de Rentas y Ley de Apropiaaciones...”* y el inciso del artículo 347 dispone que *el Proyecto de Ley de Apropiaaciones deberá contener la totalidad de los gastos que el Estado pretenda realizar durante la vigencia fiscal respectiva*. Se aclara que el artículo 347 superior tiene mayor relación con el principio de universalidad presupuestal.

En la sentencia C-502 de 1993, la Corte Constitucional al hacer referencia al mecanismo de reservas, presentó el fundamento de la decisión, en el sentido de considerar que como no todos los gastos previstos en el Presupuesto pueden ejecutarse durante la vigencia fiscal, existen las reservas presupuestales (antes de apropiación) y las reservas de caja (hoy cuentas por pagar), que permiten *“atender el pago de las obligaciones contraídas por el Gobierno antes del 31 de diciembre, con cargo a las apropiaciones del Presupuesto general correspondiente al año fiscal que termina...”*

Las reservas presupuestales y las cuentas por pagar permiten que los gastos previstos en el Presupuesto para el año respectivo, se ejecuten, así ello ocurra después del 31 de diciembre. Sin embargo y muy a pesar del límite temporal que obliga a una ejecución dentro de la respectiva vigencia, consideró que de esta forma no se está vulnerando el principio de la anualidad, pues de todos modos los gastos a los cuales corresponden las reservas, se hacen con cargo al mismo presupuesto en el cual estaban incluidos.⁶⁰

59 El contexto de la sentencia se refiera a: *“Es de la naturaleza del plan de inversiones públicas -de acuerdo con el artículo 399 superior- establecer presupuestos plurianuales. Pero debe agregarse que dicha característica es por la función propia de la ley del Plan y por ello la plurianualidad se refiere a los principales programas y proyectos de inversión pública nacional, donde es necesario especificar los recursos financieros para su ejecución. Por la esencia misma de la ley del Plan, resulta obvio que deban contemplarse presupuestos plurianuales, ya que en ella necesariamente se prevén propósitos y objetivos nacionales de largo plazo, así como programas y proyectos de inversión pública nacional que, como consecuencia lógica del ejercicio de planeación propio del desarrollo de todo Estado, exige que el Gobierno de turno contemple diversas metas económicas que deberán cumplirse en el transcurso de varias anualidades.”*

60 Ver el fallo C-502 de 1993 en donde la Corte manifestó que *“las reservas de apropiación corresponden a compromisos y obligaciones contraídos antes del 31 de diciembre con cargo a apropiaciones de la vigencia, por los organismos y entidades que forman parte del Presupuesto General de la Nación, y cuyo pago está pendiente a esa*

De aquí en adelante utilizó el mismo razonamiento para sustentar el mecanismo excepcional, ahora combinado con el principio de planificación, el cual requiere la posibilidad de formular presupuestos plurianuales, tal y como se confirmó en la sentencia C-357 de 1994.⁶¹

En sentencia C-490 de 1994, la Corte reiteró su precedente, con modificaciones al argumento principal. Allí consideró que la ley orgánica del presupuesto regula el proceso presupuestal en general y no el de una específica vigencia presupuestal.⁶² Este criterio, el de planificación, fue abordado nuevamente en el fallo C-023 de 1996, donde la Corte manifestó que el principio de la anualidad del presupuesto, no implica que la Administración Pública no pueda programar obras que se ejecuten en vigencias sucesivas, pues tal limitación sería absurda.⁶³

fecha. Las reservas de caja corresponden exclusivamente a las obligaciones de los distintos organismos y entidades que forman parte del Presupuesto General de la Nación, exigibles a 31 de diciembre, y suponen dos requisitos: que la causa del gasto se haya realizado, es decir, que el servicio se haya prestado, que el bien o la obra se haya recibido, etc.; y que la obligación respectiva esté incluida en el Acuerdo Mensual de Gastos. En síntesis: la reserva de caja corresponde a una cuenta por pagar.

Las semejanzas entre la reserva de apropiación y la reserva de caja son estas: a) Ambas corresponden a gastos que deben ejecutarse con cargo a un presupuesto cuya vigencia expiró el 31 de diciembre anterior; b) Las dos tienen vigencia de un (1) año, que se cuenta a partir de la fecha indicada en el literal a).

Las diferencias son estas: a) Las reservas de apropiación corresponden a un compromiso, por ejemplo un contrato celebrado pero no ejecutado, o a una obligación, en tanto que las reservas de caja obedecen siempre a una obligación; b) Las primeras no cuentan con un Acuerdo Mensual de Gastos que las respalde, en tanto que las segundas si lo tienen; c) Las reservas de apropiación generalmente no representan un pasivo en el balance, por no ser exigible; las reservas de caja, por el contrario siempre representan un pasivo corriente exigible en el balance; d) Las reservas de caja se pagan con base en el Acuerdo Mensual de Gastos del año anterior, en el cual fueron incluidas, y las de apropiación requieren un nuevo acuerdo mensual de gastos; e) Las reservas de apropiación que corresponden al Presupuesto Nacional las aprueba el Ministro de Hacienda y las refrenda el Contralor General de la República; las de caja se constituyen directamente por los empleados de manejo de las tesorías y requieren solamente la aprobación del ordenador de gastos respectivo. Si se trata del Presupuesto de 1993, por ejemplo, todas las reservas, de apropiación y de caja se constituirán en 1994, y en el mismo año se realizarán los gastos correspondientes. Esto es de elemental lógica, pues si se trata de gastos con cargo a un presupuesto cuya vigencia expiró, forzosamente tienen que hacerse en el año siguiente."

61 En este fallo la Corte expresó: "se explicó que la anualidad del presupuesto dejó de ser un principio absoluto con la incorporación del principio de planeación, y que sólo puede tenerse como un punto de referencia y no de cálculo. Más aún cuando en la Constitución y la ley orgánica del Presupuesto están previstos los presupuestos plurianuales aprobados por el Confis."

62 En este fallo la Corte consideró que la ley orgánica del presupuesto regula el proceso presupuestal en general y no el de una específica vigencia presupuestal, como sería en este caso el presupuesto de 1994. De otro lado, la reserva global y automática de partidas destinadas a cubrir un rubro del gasto público, no circunscrita a las obligaciones por ejecutar o pendientes de pago, equivale a dar vigencia plurianual a una parte del presupuesto, lo que sin duda alguna viola los artículos 354, 346, 347, 348 y 349 de la CP, en los que se basa el principio de anualidad presupuestal. Se suma a lo anterior, dos consideraciones adicionales. La primera, que no se está ante la excepción prevista en el artículo 339 de la CP, pues no se trata de la ley llamada a adoptar el plan de inversiones. La segunda, que tanto la ley 38 de 1989 como el proyecto contemplan mecanismos para cancelar obligaciones contraídas por ejecutarse y exigibles por pagarse.

63 Este fallo es reiteración jurisprudencial de la sentencia C-357 del 11 de agosto de 1994, Magistrado Ponente Jorge Arango Mejía.

Seguidamente, en sentencia C-508 de 1996, la Corte develó un problema respecto del contenido de las leyes de presupuesto, al considerar que le corresponde a la ley orgánica del presupuesto, regular el proceso presupuestal, por lo cual es una ley de contenido procedimental, pero no determinar el monto de un gasto concreto, concepto que no era novedoso. Sin embargo, la violación consiste entonces en incluir decisiones del gasto, que corresponden cada año a la autoridad respectiva, en el contenido de la ley orgánica presupuestal, y en reiterar que el Gobierno debe formular anualmente el presupuesto de rentas y la ley de apropiaciones.

En sentencia C-685 de 1996 la Corte consideró que el presupuesto es una ley de autorización de gastos, por cuanto limita jurídicamente su ejecución en tres aspectos: (i) **en el campo temporal**: las erogaciones deben hacerse en el período fiscal respectivo; (ii) **a nivel cuantitativo**: las apropiaciones son las cifras máximas que se pueden erogar; y, (iii) **en el campo sustantivo o material**: la ley no sólo señala cuánto se puede gastar, sino en qué se deben emplear los fondos públicos. Por ello, una consecuencia de la legalidad del gasto, es el principio de especialización, que se encuentra expresamente consagrado en el aparte final del artículo 345 de la Carta, el cual señala que no se podrá “transferir crédito alguno a un objeto no previsto en el respectivo presupuesto”. Finalmente, en la Sentencia C-192 de 1997, la Corte manifestó:

(...) conforme a la Constitución y a ley orgánica, en Colombia rige el principio de anualidad (CP art. 346), por lo cual una partida debe ser ejecutada o comprometida en el año fiscal respectivo, pues si ello no ocurre, la partida o los saldos de apropiación no afectados por compromisos inevitablemente expiran o caducan, de suerte que no podrán adquirirse compromisos con cargo a ella en los períodos fiscales posteriores. En ese orden de ideas, si suponemos que en el mes de octubre el gobierno constata que los recaudos son inferiores de lo previsto, y se ve obligado a aplazar por cuatro meses unas partidas en un cincuenta por ciento, es obvio que tal aplazamiento equivale a una reducción de esas apropiaciones en ese monto, ya que una vez vencido el año fiscal el 31 de diciembre, las partidas no pueden ser comprometidas o ejecutadas. Por ende, debido al principio de anualidad, la distinción entre reducción y aplazamiento es más una diferencia de grado que de naturaleza sustantiva.⁶⁴

64 La Corte Constitución ha sostenido que “En el fondo, la decisión gubernamental de aplazar o reducir, en forma total o parcial, una partida depende exclusivamente de que exista o no la expectativa de un mejoramiento rápido de los ingresos o de la situación macroeconómica, de suerte que sea posible autorizar la ejecución plena de las apropiaciones en el mismo período fiscal. (...) En efecto, el artículo 347 precisa que la ley de apropiaciones “deberá contener la totalidad de los gastos que el Estado pretenda realizar durante la vigencia fiscal respectiva” (subrayas no originales). Nótese que la Carta no establece que se trata de los gastos que el Estado obligatoriamente realizará sino que este

El precedente fue reiterado posteriormente en decisiones sobre el mismo principio. Allí, el Tribunal Constitucional consideró que la ley que cada año contiene el presupuesto, trasciende el carácter de una mera relación de ingresos y gastos para un período de tiempo determinado, pues limita jurídicamente su aplicación en los tres aspectos específicos anteriormente descritos.⁶⁵

El artículo 14 del Estatuto Orgánico de Presupuesto, Decreto 111 de 1996, (artículo 10 de la ley 38 de 1989) reitera ese límite temporal. Para la Corte Constitucional lo que pretende la disposición es facilitar el cumplimiento de obligaciones con las cuales cofinancian proyectos de desarrollo regional, para lo cual se requiere la disponibilidad efectiva de los recursos asignados y apropiados para ellos en la ley de presupuesto; la constitución de las reservas presupuestales son necesarias para cubrir los compromisos legalmente adquiridos por dichos órganos, lo cual deberán hacer previo el cumplimiento de las disposiciones legales que regulan esa materia.

Finalmente, en la sentencia C-1504 de 2000 la Corte Constitucional consideró que por su propia índole la Ley Anual de Presupuesto es de carácter eminentemente temporal, como quiera que sus disposiciones sólo tienen vigencia por el respectivo año fiscal, es decir, del 1º de enero al 31 de diciembre de una anualidad determinada. Precisamente por ello, no puede en esta ley el legislador modificar leyes de carácter sustantivo o procedimental, pues ello es ajeno al contenido propio de la Ley Anual de Presupuesto, conforme a lo dispuesto por el artículo 11 del Estatuto Orgánico del Presupuesto, norma esta última en la cual expresamente se señala que aquel no puede incluir sino el Presupuesto de Rentas, el de Gastos o Ley de Apropiações y unas “*disposiciones generales*”, que

componente de la ley de presupuesto debe incluir los gastos que pretendan ser realizados por las autoridades, y que son autorizados mediante esa ley. Esta norma armoniza perfectamente con otras disposiciones constitucionales, como el artículo 189 ordinal 20 que precisa que corresponde al Presidente decretar, conforme a la ley, la inversión de las rentas y caudales públicos, ya que si las apropiaciones fueran órdenes de gasto, no tendría ningún sentido esta disposición, pues sería absurdo que la propia Carta señalara que corresponde al gobierno decretar la inversión de los caudales públicos, por cuanto el gasto ya habría sido decretado por la ley anual de presupuesto. Esto muestra que las apropiaciones presupuestales no son órdenes de gasto sino que constituyen, como bien lo señala la propia legislación orgánica presupuestal, “autorizaciones máximas de gasto que el Congreso aprueba para ser ejecutadas o comprometidas durante la vigencia fiscal respectiva” (Art. 89 del decreto 111 de 1996 o Estatuto Orgánico del Presupuesto que compila los artículos 72 de la Ley 38 de 1989, 38 de la Ley 179 de 1994 y 8º de la Ley 225 de 1995). La ley anual de presupuesto, al apropiar una determinada partida, está entonces estableciendo el monto máximo de gasto estatal para una determinada finalidad y en un período específico.”

65 En la sentencia C-053 de 1998, se reiteró lo manifestado en la sentencia C-685 de 1996, M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero. Posteriormente se continuó con el precedente jurisprudencial como se muestra en la sentencia C-201 de 1998, donde la corte consideró: El presupuesto es una ley de autorización de gastos que limita jurídicamente su aplicación, entre otros, en el aspecto temporal, lo que significa que las erogaciones que se deriven de compromisos adquiridos y ejecutados durante la vigencia de conformidad con los mandatos de la Constitución y la ley, deben hacerse en el período fiscal respectivo.

corresponderán “a las normas tendientes a asegurar la correcta ejecución del Presupuesto General de la Nación”, para la respectiva vigencia fiscal.⁶⁶

2.5. EL PRINCIPIO DE UNIDAD DE MATERIA EN LA PARTE GENERAL DE LA LEY DE PRESUPUESTO

Un aspecto problemático de la ley de presupuesto consiste en la eventual inclusión de disposiciones en su “parte general”, que no guarden relación con la materia presupuestal, y que, en consecuencia, violan el principio de unidad de materia. El interrogante surge cuando en las disposiciones generales de la ley de presupuesto, se incluyen en el trámite legislativo una serie de postulados jurídicos que en diversas ocasiones atentan contra el principio de unidad de materia.⁶⁷

Este aspecto ha sido ampliamente debatido en múltiples sentencias de la Corte Constitucional donde, como se mostrará a continuación, se ha planteado la siguiente pregunta: ¿Cuál es el límite jurídico para conservar el principio de unidad de materia, respecto de las disposiciones generales, que contiene la ley anual de presupuesto y cómo determinar su razonabilidad de si permiten o no asegurar la correcta ejecución del Presupuesto General de la Nación?

La elaboración del precedente jurisprudencial muestra que no existe reiteración constitucional sobre el problema en particular, pero si se identificó la Sentencia C-337 de 1993 como sentencia tesis. En este fallo, la Corte consideró que las normas que constituyen una materia ajena al contenido propio de una ley de presupuesto son violatorias del artículo 158 de la Carta.⁶⁸ Se trata entonces

66 Esta jurisprudencia continúa: De esta suerte, el inciso tercero del artículo 11 de la Ley 547 de 1999, en cuanto establece una nueva causal de invalidez respecto de la provisión de empleos y dispone que, en tal caso no se creará derecho adquirido para el empleado, así como el inciso quinto del mismo artículo que establece una prohibición de pactar prestaciones sociales en los contratos de prestación de servicios, incluidos los de las Unidades de Trabajo Legislativo de Senadores y Representantes, exceden el marco propio de la Ley Anual de Presupuesto, como quiera que se trata de normas que introducen modificaciones a legislación permanente de carácter sustancial, razón esta por la cual habrá de declararse su inconstitucionalidad, pues la expedición de normas como las que se acusan no queda comprendida dentro del campo propio de la Ley Anual de Presupuesto, conforme a lo dispuesto por el Estatuto Orgánico del Presupuesto, Decreto 111 de 1996, que compiló las normas que rigen la materia. Ello significa, entonces, que el Congreso al incluir los incisos tercero y quinto en el artículo 11 de la Ley 547 de 1999 no tuvo en cuenta que “el ejercicio de la actividad legislativa” en materia presupuestal se sujeta a la Ley Orgánica respectiva y, por consiguiente, así resulta quebrantado el artículo 151 de la Carta.

67 El artículo 11 del Estatuto Orgánico de Presupuesto - Decreto 111 de 1996 establece: “El Presupuesto General de la Nación se compone de las siguientes partes: a) El Presupuesto de Rentas, (...) b) El Presupuesto de Gastos o Ley de Apropiações, (...) c) Disposiciones generales. Corresponde a las normas tendientes a asegurar la correcta ejecución del Presupuesto General de la Nación, las cuales regirán únicamente para el año fiscal para el cual se expidan.”

68 En esta Sentencia la Corte Constitucional consideró que “es inexequible el acápite final del artículo 84 que dice: “La enajenación de estos bienes podrá adelantarse a través de contratos de fiducia o de administración fiduciaria”.

de evitar, que en la parte general de las leyes de presupuesto, se incluyan asuntos que no guarden relación con los propósitos propios de una ley anual de presupuesto.

Posteriormente, en la Sentencia C-039 de 1994 la Corte consideró sobre un asunto de asignaciones salariales, aspecto que en principio puede tener conexión con los asuntos presupuestales, que la fijación de precisas y concretas condiciones para la liquidación de derechos prestacionales y salariales de los Senadores, Senadoras, los Egresados y las Representantes, indudablemente constituye una materia que por su naturaleza resulta ser distinta y extraña a la que debe predominar y caracterizar en una ley de presupuesto. De manera que, aunque se traten asuntos económicos, o prestacionales, con la incorporación de este tipo de normas se desconoce la unidad material de la ley, que se predica en el artículo 158 de la Constitución Política.

Surge otro interrogante acerca del límite que tiene el gobierno, para incluir las modificaciones que sugiere el Congreso durante el trámite del presupuesto. La respuesta puede estar planteada en la sentencia C- 593 de 1997, en la que la Corte manifestó que

“(…) si bien el Congreso puede decretar un gasto, sin embargo su inclusión en el presupuesto es facultativo del Gobierno. Por lo tanto, aquél no puede impartirle órdenes, o darle instrucciones o autorizaciones que supongan una imposición o un mandato perentorio para que un determinado gasto se incluya en el presupuesto. La inclusión en el Presupuesto General de la Nación de un gasto propuesto por el Congreso, resulta ser una opción condicionada a la voluntad del Gobierno, en virtud del principio general de que la iniciativa presupuestal en materia de realización de gastos es una atribución propia del ejecutivo (C.P. arts. 346 y 347). Confirma esta aseveración el artículo 351 de la C.P. que prohíbe al Congreso aumentar ninguna de las partidas del presupuesto de gastos propuestas por el Gobierno, ni incluir una nueva, sino con la aceptación escrita del ministro del ramo.”

Adicionalmente, en la Sentencia C-201 de 1997, se ratificó que “... estas disposiciones generales tienen un contenido puramente instrumental, pues su finalidad no es otra que permitir una adecuada ejecución del presupuesto”, es decir, su función se limita a posibilitar y garantizar una fluida ejecución del

Para la Corte es claro que en este caso la norma en comento se refiere primordialmente a un aspecto laboral, por cuanto su esencia se relaciona con los planes de retiro compensado por parte de las entidades estatales, en virtud de los cuales se puede modificar las plantas de personal.

presupuesto durante la respectiva vigencia fiscal, y le está vedado al legislador recurrir a ellas para producir mandatos legales en sentido material, o para modificar o derogar normas de carácter sustantivo, y mucho menos para desconocer o modificar normas de superior jerarquía, entre otras, el Estatuto Orgánico de Presupuesto.

En Sentencia C-490 de 1994, la Corte Constitucional manifestó que por su naturaleza especial, la ley de presupuesto se contrae a estimar para el respectivo período fiscal los ingresos y establecer los gastos a los que se aplicarán, todo lo cual presupone la previa existencia de leyes distintas, unas que hayan arbitrado rentas y otras que hayan decretado gastos. A pesar de ello, también manifestó que la ley anual de presupuesto, no tiene, en sentido estricto, una función normativa abstracta, sino un contenido concreto. En efecto, el papel de esta ley, esencial pero de alcance específico, es el de estimar y delimitar los ingresos fiscales y autorizar los gastos públicos para una determinada vigencia fiscal.⁶⁹

Posteriormente, en Sentencia C-360 de 1996, la Corte Constitucional consideró que las leyes que decretan gasto público - de funcionamiento o de inversión - no se encuentran constitucionalmente atadas a la iniciativa gubernamental y, por lo tanto, no resulta legítimo restringir la facultad del Congreso y de sus miembros, de proponer proyectos sobre las referidas materias, con la obvia salvedad de que la iniciativa de su inclusión en el proyecto de presupuesto corresponde exclusiva y discrecionalmente al Gobierno.

Finalmente, la Corte analizó (Sentencia C-446/1996) uno de los problemas más importantes, en el sentido que las disposiciones en materia presupuestal, a pesar de ser específicas, tienen un amplio alcance en el universo jurídico. Sobre este particular manifestó lo siguiente:

“La ley orgánica del presupuesto se encuentra dotada de la característica especial de poder condicionar la expedición de otras leyes sobre la materia a sus prescripciones, de modo tal que una vulneración o desconocimiento de los procedimientos y principios que en ella se consagran al momento de la expedición de las leyes presupuestales ordinarias, puede acarrear la inconstitucionalidad de éstas, debido al rango cuasi constitucional al que sus disposiciones han sido elevadas por voluntad expresa del Constituyente. A la ley orgánica del presupuesto debe sujetarse todo asunto relacionado con el sistema presupuestal. La finalidad de este principio consiste en que las disposiciones que se incluyan en una ley guarden la debida relación o conexidad con el tema

⁶⁹ Ver al respecto Sentencia C-546 de 1994.

general de la misma o se dirijan a un mismo propósito o finalidad, para darle una coherencia a la norma y evitar así que se introduzcan en los proyectos de ley temas que resulten totalmente contrarios, ajenos o extraños a la materia que se pretende regular. El principio de unidad de materia implica no solo la relación de cada una de las disposiciones que integran la ley con su finalidad, sino también la coherencia del título de la misma frente al contenido y objeto de la ley. Sin embargo, tal correspondencia no debe entenderse exegéticamente. Por ello, basta con que en el título se señalen los asuntos o temas generales que se pretenden regular, pues lo que interesa es que éste coincida con la materia general que se reglamenta o con el objetivo del ordenamiento.⁷⁰

2.6. ESTRUCTURA DEL INGRESO Y DEL GASTO EN EL PRESUPUESTO GENERAL DE LA NACIÓN

El aforo o ingreso estimado dentro del presupuesto general de la nación se compone de:

2.6.1. LOS INGRESOS PRESUPUESTALES

Se pueden considerar como:

Ingresos Corrientes, los cuales se desdoblan en ingresos tributarios y no tributarios. Los ingresos tributarios se clasifican en impuestos directos e indirectos. Los ingresos no tributarios se integran por las tasas, las multas y las contribuciones.

Contribuciones parafiscales, tales como las relativas al SENA y al ICBF. Estas contribuciones, si bien son recursos públicos, no hacen parte del contenido material del presupuesto general de la Nación; antes bien, su registro en el presupuesto se hace apenas de manera indicativa.

Fondos especiales, son los ingresos definidos en la ley para la prestación de un servicio público específico así como los pertenecientes a fondos sin personería jurídica creados por el legislador.

⁷⁰ En este sentido, el artículo al derogar las normas de la Ley de Seguridad Social, resulta coherente con su finalidad, ya que al introducir las modificaciones pertinentes a la Ley Orgánica del Presupuesto, reafirmó mediante una disposición expresa, su rango cuasi-constitucional y la expresa sujeción del proceso presupuestal a sus mandatos. La Ley Orgánica del Presupuesto, la cual debido a la naturaleza y jerarquía ya estudiadas, tiene la facultad de derogar normas de menor rango -como lo es la Ley de Seguridad Social de naturaleza ordinaria- y regular e integrar en su totalidad las disposiciones generales a las que debe sujetarse el proceso presupuestal.

Recursos de capital, dentro de los cuales militan los recursos del crédito interno y externo, las donaciones, el diferencial cambiario, los rendimientos financieros, los excedentes financieros de los establecimientos públicos del orden nacional y las empresas industriales y comerciales del Estado del orden nacional no societarias, utilidades de las empresas industriales y comerciales del Estado societarias y de las sociedades de economía mixta, de conformidad con lo que establezca el CONFIS; las utilidades del Banco de la República previa deducción de las reservas de estabilización cambiaria y monetaria y los recursos del balance.

2.6.2. LAS APROPIACIONES PRESUPUESTALES O GASTOS NACIONALES:

Tienen la siguiente configuración:

- 1) **Gastos de funcionamiento**, los cuales comprenden servicios personales, gastos generales, transferencias y gastos operacionales.
- 2) **Servicio de la deuda**, que circunscribe las apropiaciones atinentes a las amortizaciones (abono a capital), intereses, corrección monetaria, comisiones e imprevistos.
- 3) **Gastos de inversión**, que engloban el plan operativo anual de inversiones, en consonancia con el plan nacional de desarrollo y el banco de programas y proyectos de inversión.

2.7. LA MODIFICACIÓN DEL PRESUPUESTO EN ESTADOS DE EXCEPCIÓN

Esta tesis consiste en la posibilidad de modificar el presupuesto por parte del Ejecutivo, durante los estados de excepción. Plantea la posible contradicción de si existe una división entre las ramas del poder público, si el presupuesto en su esencia refleja la voluntad democrática del pueblo por medio del Congreso de la República, y si, además, el Ejecutivo puede invocar la figura de Estados de Excepción varias veces en el año, entonces, ¿realmente cuál es el valor que tienen el presupuesto como ley? Frente a este interrogante ha considerado la Corte (Sentencia C-488/1992) que nada obsta, a la luz de los preceptos constitucionales, para que en tiempos de perturbación del orden económico y social, con el objeto de hacer frente a las necesidades propias de ésta, sea el Presidente de la República con la firma de todos sus ministros, quien, revestido de poderes extraordinarios,

modifique o incremente tanto el presupuesto de rentas como el de gastos, siempre y cuando ello se haga con el único objeto de conjurar la crisis.

Así, por ejemplo, en Sentencia C-271-93, la Corte Constitucional manifestó que durante los estados de excepción y con el único fin de restablecer el orden público perturbado, el Gobierno puede modificar el Presupuesto Nacional, tanto en lo concerniente a las rentas o ingresos como en lo relativo a los gastos públicos.⁷¹ La jurisprudencia constitucional ha admitido que,

“(…) durante los estados de excepción y con el único fin de restablecer el orden público perturbado, es posible al Gobierno modificar el Presupuesto Nacional, tanto en lo concerniente a las rentas o ingresos como en lo relativo a los gastos públicos. (...) Desde luego, esa competencia ha sido establecida por la Constitución Política como regla general aplicable a situaciones de normalidad o a “tiempos de paz”, según las voces de su artículo 345, pero sería un despropósito entender que la indicada normatividad deba ser observada con igual rigor y exactitud cuando el Estado afronta circunstancias graves del orden público -tal es el caso de las que dan lugar a la Conmoción Interior- en especial si se tiene en cuenta que la propia Carta exige como elemento que condiciona el uso de esa institución la imposibilidad de conjurar sus causas mediante el uso de atribuciones ordinarias.” (Sentencia C-072/1993).

Con ese mismo fundamento, la Corte Constitucional se pronunció acerca de la posibilidad constitucional de introducir modificaciones al Presupuesto en los estados de excepción, cuando estudió la exequibilidad de las medidas adoptadas en relación con el estado de conmoción interior. En Sentencia C-072 de 1993, la Corte reiteró que las atribuciones del gobierno en tales circunstancias –*estados de excepción*– deben ser las estrictamente indispensables pero también las suficientes para sortear la crisis y restablecer la normalidad; una interpretación que condujera a la introducción de límites no estipulados en la Constitución Política ni derivados de la naturaleza del Estado de Conmoción Interior haría de éste una institución ineficaz y, por lo tanto, inoficiosa.

En Sentencia C-206 de 1993 se manifestó que la filosofía de la nueva Constitución Política está dirigida al fortalecimiento del Congreso, particularmente en las atribuciones que hacen relación con la normatividad en materia presupuestal; por consiguiente, durante el Estado de Conmoción Interior, el Gobierno solamente puede modificar el presupuesto de manera excepcional y dentro de los

⁷¹ El salvamento de voto del Dr. JORGE ARANGO MEJIA es el mismo publicado en la sentencia C-206 de junio 2 de 1993. Tomo 6 de la “Gaceta de la Corte Constitucional”.

precisos límites que señala la Constitución y asegurando que las medidas sean justificadas, adecuadas y proporcionales a los hechos que le sirven de causa. Si la Constitución Política encomienda a la Ley Orgánica del Presupuesto regular todo el proceso presupuestal en sus diferentes fases (programación, aprobación, modificación y ejecución), nada obsta para que contemple el caso especial de la adición presupuestal por el Gobierno, para cubrir gastos ocasionados durante el Estado de Conmoción Interior y/o con ocasión de él.

Las facultades excepcionales que se otorgan al Gobierno mediante el mecanismo constitucional de la Conmoción Interior, lo habilitan para ejercer la competencia en materia legislativa, es decir, para sustituir transitoriamente al legislador ordinario en la función de expedir leyes. Tales atribuciones, ha establecido el Tribunal Constitucional, no son ilimitadas ni omnímodas, pues la Constitución Política se encarga de señalar las materias y precisar los límites dentro de las cuales puede el Gobierno moverse sin vulnerar la voluntad constitucional.

En la Sentencia C-416 de 1993, la Corte Constitucional manifestó que el Presidente puede dictar decretos con fuerza de ley, destinados a obtener una mayor eficacia de las fuerzas del orden y del sector justicia, que en el presente se consideran prioritarios, lo que implica de suyo unos mayores gastos que los previstos inicialmente en la ley de presupuesto. Si además, existen recursos no contabilizados o presupuestados, provenientes del mayor recaudo, del superávit fiscal de la vigencia anterior o del reaforo de rentas de diversas entidades del gobierno, es clara la facultad del ejecutivo de arbitrar dichas sumas de manera que financien los mayores costos incurridos para el desempeño de las actividades encaminadas a suprimir las causas que alteran la paz pública.⁷²

En Sentencia C-179 de 1994, la Corte Constitucional manifestó que en los estados de excepción se presentan con frecuencia situaciones o circunstancias que implican gastos, que no se podrían cubrir con las partidas presupuestales existentes; por tanto, el Gobierno debe disponer de medios adecuados para satisfacer dichos requerimientos, sin los cuales no podría cumplir cabalmente con el restablecimiento del orden o impedir la extensión de sus efectos. Son éstas, circunstancias especiales que el legislador no puede prever cuando elabora el

72 Salvamento de voto a la Sentencia No. C-416/93: "Con mi acostumbrado respeto, discrepo nuevamente de la decisión de la mayoría, porque insisto en que la tesis que la sentencia consagra arrebata al Congreso de la República la facultad de modificar el Presupuesto, facultad que la Constitución le asigna. Y para demostrar cómo el presupuesto aprobado por el Congreso pierde toda su fuerza y se convierte casi en teoría, basta recordar que hasta hoy, octubre 5 de 1993, el Gobierno ha modificado el Presupuesto para esta vigencia cuatro (4) veces, en virtud de sendos decretos dictados en uso de las facultades de la Conmoción Interior, de conformidad con la interpretación de la Corte Constitucional. En la práctica, pues, una de las principales funciones que en una democracia corresponden al Congreso, ha quedado disminuida en una proporción que la desnaturaliza."

presupuesto general de la Nación. Durante el Estado de Conmoción Interior bien puede el legislador de excepción modificar el Presupuesto General de la Nación, con el fin de atender los requerimientos y gastos necesarios que ocasiona la adopción de medidas destinadas a restablecer el orden público perturbado.

En Salvamento de voto a la Sentencia C-376/94, el Magistrado Jorge Arango Mejía, consideró que si bien la ley estatutaria de los Estados de Excepción, acogiendo la jurisprudencia de la Corte, otorgó al Ejecutivo la facultad de reformar el Presupuesto, en ejercicio de las facultades propias de la Conmoción Interior, tal ley para nada se refirió, en este sentido, al Estado de Emergencia e insistió: en nada conviene a las Instituciones aumentar exageradamente las facultades del Gobierno, en desmedro de las atribuidas al Congreso. Por su parte, en la Sentencia C-023 de 1996, la Corte Constitucional consideró que los ajustes presupuestales implican modificar el presupuesto. Agregó, que en tiempos normales el Presupuesto sólo puede ser modificado por el Congreso, y que sólo excepcionalmente, durante la conmoción interior, puede el Gobierno hacerlo. Posteriormente, en la Sentencia C-772 de 1998, la Corte manifestó que el Presupuesto general de la Nación solamente puede ser modificado por el legislador, salvo en los casos de declaratoria de estados de excepción, en los cuales está habilitado el Gobierno Nacional, tal como lo establece el Estatuto Orgánico de Presupuesto, lo que equivale a señalar que en tiempos de normalidad el presupuesto sólo puede ser modificado por el Congreso, mientras que en los casos de perturbación del orden económico y social, el Ejecutivo, previa la declaratoria del estado de excepción, tiene legítimas facultades.

En Sentencia C-136 de 1999⁷³ la Corte concluyó que en materia tributaria se consagra una excepción al principio general plasmado en los artículos 150-10, 150-12 y 338 de la Constitución Política, según los cuales en tiempo de paz, en lo que toca con la Nación, únicamente el Congreso de la República puede imponer contribuciones fiscales o parafiscales. En el terreno presupuestal, como reiteradamente lo ha aceptado la Corte, el citado artículo 215 contempla una excepción al principio general de los artículos 345 y siguientes, relativos a la competencia exclusiva en cabeza del Congreso para modificar el presupuesto nacional.

En sentencia C-219 de 1999, la Corte manifestó que, según lo dispuesto en el artículo 345 de la Carta Política, el ordenamiento constitucional y legal autoriza al

73 revisión constitucional del Decreto Legislativo 2331 del 16 de noviembre de 1998, "Por el cual se dictan medidas tendientes a resolver la situación de los sectores financiero y cooperativo, aliviar la situación de los deudores por créditos de vivienda y de los ahorradores de las entidades cooperativas en liquidación, mediante la creación de mecanismos institucionales y de financiación y la adopción de disposiciones complementarias".

Gobierno Nacional, durante cualquiera de los estados de excepción, para modificar el presupuesto general de la nación, con la única finalidad de conjurar la situación de gravedad o anormalidad que atenta, o contra el orden público interno, o contra la soberanía nacional o contra el orden económico, ecológico o social, así como impedir la extensión de sus efectos. *En otras palabras, el principio de legalidad del gasto público, a que se refiere el precepto constitucional citado, no opera durante los estados de excepción, en los términos de los artículos 83 y 84 del Estatuto orgánico de presupuesto, dada la naturaleza de dichos estados y la necesidad de adoptar medidas urgentes y prontas para conjurar la situación de crisis e impedir la extensión de sus efectos.*

Posteriormente, la misma jurisprudencia fue reiterada en la sentencia C-137 de 1999, en los siguientes términos:

“En cuanto a la facultad que tiene el Gobierno Nacional de modificar el Presupuesto, la jurisprudencia de la Corte que hoy se reitera, ha considerado que el Presidente de la República tiene el poder jurídico para hacerlo, en estados de anormalidad, como los previstos en los artículos 213 y 215 de la Constitución. Es claro que si la ley, expresamente, reconoce esta facultad tratándose del estado de conmoción interior, ella tiene que existir, implícita, en las amplísimas facultades generales propias del Estado de Guerra y en las facultades del estado de emergencia.”

Finalmente, en la sentencia C-138 de 1999, afirmó la Corte que durante los estados de excepción el gobierno está facultado, en principio, para modificar el presupuesto general de la nación.

2.8. ANÁLISIS DE JURISPRUDENCIA

J

1) De acuerdo con la sentencia C-502 de 1993, C-023 de 1996 y C-122 de 1997 elabore un escrito que comprenda los cargos de la demanda, el concepto de violación expuesto por la parte actora, las consideraciones de la Corte y la decisión tomada.

2) Presente el resumen en el trabajo de grupo e impulse un debate que les permita expresar comentarios, críticas, conclusiones y recomendaciones jurídicas. Al Respecto, establezcan las diferencias y discrepancias que se presenten en las sentencias o citas jurisprudenciales, sobre aspectos concretos que sean relevantes y señale su posición al respecto.

2.9. ACTIVIDADES PEDAGÓGICAS

Ap

1. Examine las sentencias que se presentan a continuación; elabore un resumen que comprenda los cargos de la demanda, el concepto de violación expuesto por la parte actora, las consideraciones de la Corte y la decisión tomada.

C-337 de 1993

C-039 de 1994

C-490 de 1994

C-360 de 1996

C-446 de 1996

C-201 de 1997

C- 593 de 1997

Presente el resumen en el trabajo de grupo e impulse un debate que les permita expresar comentarios, críticas, conclusiones y recomendaciones jurídicas. Al Respecto, establezcan las diferencias y discrepancias que se presenten en las sentencias o citas jurisprudenciales, sobre aspectos concretos que sean relevantes.

2.10. AUTOEVALUACIÓN

Ae

1) Con base en el siguiente caso, realice su práctica de autoevaluación; analice el principio de inembargabilidad del presupuesto y sus excepciones y proyecte el fallo que como funcionario judicial se le solicita.

La Empresa de Telecomunicaciones del Estado, en cumplimiento de las políticas de disminución del gasto establecidas por el gobierno central, procede a iniciar proceso de re-estructuración del personal de planta, con lo cual inicia un proceso de supresión de cargos que deja por fuera de la empresa a cerca de 150 trabajadores.

De estos 150 ex-empleados de la empresa, 50 inician proceso en la jurisdicción laboral pues consideran que fueron liquidados incorrectamente, el juez 5º del Circuito de Bogotá falla a favor de los demandados quienes proceden entonces a iniciar proceso ejecutivo contra la entidad y del cual se libró mandamiento de pago, pero la empresa se niega a pagar argumentando que no cuenta con la partida presupuestal necesaria para cumplir con la obligación y el juez se abstiene de decretar el embargo de los bienes de la demandada.

Los ex-empleados presentan ante usted demanda en Acción de Tutela para que ordene el embargo y secuestro de los bienes de la Empresa con el fin de garantizar el pago de las obligaciones que dicha entidad les

Ae

adeuda por concepto de Liquidación Laboral. De acuerdo con lo expuesto proyecte y argumente la sentencia que resuelve esta acción.

2) Analice y explique jurídicamente los siguientes casos:

a) Se prepara una demanda en acción de inconstitucionalidad contra una ley anual de presupuesto que afora unos ingresos no creados por ley alguna, y que apropia unos gastos sin ley previa que los cree. ¿Cuáles serían los cargos para que la demanda pueda prosperar?

El Estado colombiano resultó condenado a raíz de un proceso laboral. Al cabo de tres meses de ejecutoriada la sentencia condenatoria, el titular de dicha sentencia demanda en acción ejecutiva con medidas de embargo y secuestro, y la práctica de tales medidas afectan el presupuesto público. Se pregunta: ¿qué medidas o correctivos cabría asumir por parte de quienes deben defender las finanzas públicas?

3) Con base en los temas estudiados en la segunda unidad, sírvase responder las siguientes preguntas:

1- Explique cuándo, en qué casos, y por qué vía procede o es viable la embargabilidad del presupuesto por orden judicial.

2- Defina en qué consiste el principio de anualidad de la ley del presupuesto y cuál debe ser su interpretación en los actos administrativos que de su aplicación se deriven.

3- Explique en qué consiste el principio de unidad de materia en la parte general de la ley del presupuesto.

4- Explique cuál ha sido la posición de la Corte Constitucional frente a la reforma del presupuesto en los estados de excepción.

2.11. BIBLIOGRAFÍA SELECCIONADA

Bs

Corte Constitucional. Sentencia C-448 de 1992. M.P. Dr. JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO

Corte Constitucional. Sentencia C-546 de 1992. M.P. Dr. CIRO ANGARITA BARON; y ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO



Corte Constitucional. Sentencia C-013 de 1993. M.P. Dr. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

Corte Constitucional. Sentencia C-017 de 1993. M.P. Dr. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

Corte Constitucional. Sentencia C-072 de 1993. M.P. Dr. JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO

Corte Constitucional. Sentencia C-206 de 1993. M.P. Dr. ANTONIO BARRERA CARBONELL.

Corte Constitucional. Sentencia C-271-93. M.P. Dr. JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO

Corte Constitucional. Sentencia C-337 de 1993. M.P. Dr. VLADIMIRO NARANJO MESA

Corte Constitucional. Sentencia C-416-93 . M.P. Dr. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

Corte Constitucional. Sentencia C-502 de 1993. M.P. Dr. JORGE ARANGO MEJIA.

Corte Constitucional. Sentencia T-185 de 1993. M.P. Dr. JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO

Corte Constitucional. Sentencia C-039 de 1994. M.P. Dr. ANTONIO BARRERA CARBONELL

Corte Constitucional. Sentencia C-103 de 1994. M.P. Dr. JORGE ARANGO MEJIA.

Corte Constitucional. Sentencia C-179 de 1994. M.P. Dr. CARLOS GAVIRIA DIAZ

Corte Constitucional. Sentencia C-263 de 1994. M.P. Dr. JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO.

Corte Constitucional. Sentencia C-357 de 1994 M.P. Dr. JORGE ARANGO MEJIA



Corte Constitucional. Sentencia C-376/94. M.P. Dr. JORGE ARANGO MEJIA

Corte Constitucional. Sentencia C-490 de 1994. M.P. Dr. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

Corte Constitucional. Sentencia C-023 de 1996. M.P. Dr. JORGE ARANGO MEJIA

Corte Constitucional. Sentencia C-360 de 1996. M.P. Dr. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

Corte Constitucional. Sentencia C-446-96. M.P. Dr. HERNANDO HERRERA VERGARA.

Corte Constitucional. Sentencia C-508 de 1996. M.P. Dr. ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO.

Corte Constitucional. Sentencia C-685 de 1996. M.P. Dr. ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO.

Corte Constitucional. Sentencia T-269 de 1996. M.P. Dr. CARLOS GAVIRIA DÍAZ

Corte Constitucional. Sentencia C-192 de 1997. M.P. Dr. ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO

Corte Constitucional. Sentencia C-402 de 1997. M.P. Dr. ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO

Corte Constitucional. Sentencia C-593 de 1997. M.P. Dr. ANTONIO BARRERA CARBONELL

Corte Constitucional. Sentencia T-526 de 1997. M.P. Dr. HERNANDO HERRERA VERGARA

Corte Constitucional. Sentencia C-053 de 1998. M.P. Dr. FABIO MORON DÍAZ

Corte Constitucional. Sentencia C-201 de 1998. M.P. Dr. FABIO MORON DÍAZ



Corte Constitucional. Sentencia C-772 de 1998. M.P. Dr. FABIO MORON DÍAZ

Corte Constitucional. Sentencia T-410 de 1998. M.P. Dr. JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO

Corte Constitucional. Sentencia C-136-99. M.P. Dr. JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO

Corte Constitucional. Sentencia C-137 de 1999. M.P. Dr. ANTONIO BARRERA CARBONELL

Corte Constitucional. Sentencia C-138 de 1999. M.P. Dr. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

Corte Constitucional. Sentencia C-219-99. M.P. Dra. MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO

Corte Constitucional. Sentencia T-531 de 1999. M.P. Dr. ANTONIO BARRERA CARBONELL

Corte Constitucional. Sentencia T- 685 de 1999. M.P. Dr. CARLOS GAVIRIA DÍAZ

Corte Constitucional. Sentencia C-1504 de 2000. M.P. Dr. ALFREDO BELTRÁN SIERRA

Corte Constitucional. Sentencia SU 1052 de 2000. M.P. Dr. ALVARO TAFUR GALVIS

Corte Constitucional. Sentencia T-586 de 2000. M.P. Dr. ALVARO TAFUR GALVIS

Corte Constitucional. Sentencia C-832 de 2001. M.P. Dr. RODRIGO ESCOBAR GIL

LÓPEZ Medina, Diego. El derecho de los jueces. Cap. V. Herramientas de análisis del precedente jurisprudencial. Ed. Legis. 2007. Págs. 161 y 162.

Bs

MEJÍA Cardona, Mario. *El Laberinto fiscal*. Escuela Superior de Administración Pública ESAP. Bogotá. 2002.

UPRIMNY, Et. Al. *Libertad de prensa y derechos fundamentales. Análisis de la jurisprudencia constitucional en Colombia (1992 – 2005)*. Andidiarios. 2006. *Introducción metodológica*. Pág. xxiii.

Unidad³ | ASPECTOS SUSTANCIALES DE LA RESPONSABILIDAD FISCAL EN COLOMBIA

Og

Describir y analizar los conceptos básicos de la responsabilidad fiscal, a partir de una descripción de los elementos conceptuales que permiten definir la intervención del juez o de la jueza.

Qe

- *Identificar los elementos de la gestión fiscal*
- *Definir el concepto de vigilancia fiscal*
- *Definir y analizar el alcance del concepto de responsabilidad fiscal en el ejercicio de la gestión fiscal.*
- *Determinar los elementos que configuran la responsabilidad fiscal*

INTRODUCCIÓN

La presente unidad tiene como objeto evaluar los elementos sustantivos de la Responsabilidad Fiscal, la cual se fundamenta a su turno en las condiciones básicas requeridas para el ejercicio del control fiscal.

En el mundo contemporáneo se entiende el ejercicio del control fiscal como un modelo que desarrolla los principios democráticos, por lo que el control excede el marco histórico de la tridivisión del poder. Dentro de este marco se examinará el contexto constitucional y legal de la responsabilidad fiscal, por lo cual se establecerán las relaciones existentes entre la gestión fiscal, la vigilancia fiscal y la responsabilidad fiscal.

Se deducirán de dicho marco constitucional las notas esenciales de la responsabilidad fiscal, permitiendo tales características diferenciar tal responsabilidad de otros tipos de responsabilidad de que puede ser objeto el gestor público.

Finalmente, es menester analizar los elementos que constituyen la responsabilidad fiscal, sin los cuales no es posible concretar tal responsabilidad en cabeza del gestor fiscal.

3.1. LA GESTIÓN FISCAL

La ley 610 de 2000 establece en su artículo 3 la noción de gestión fiscal en los siguientes términos:

“Gestión fiscal. Para los efectos de la presente ley, se entiende por gestión fiscal el conjunto de actividades económicas, jurídicas y tecnológicas, que realizan los servidores públicos y las personas de derecho privado que manejen o administren recursos o fondos públicos, tendientes a la adecuada y correcta adquisición, planeación, conservación, administración, custodia, explotación, enajenación, consumo, adjudicación, gasto, inversión y disposición de los bienes públicos, así como a la recaudación, manejo e inversión de sus rentas en orden a cumplir los fines esenciales del Estado, con sujeción a los principios de legalidad, eficiencia, economía, eficacia, equidad, imparcialidad, moralidad, transparencia, publicidad y valoración de los costos ambientales”.

La gestión fiscal hace referencia a la administración y manejo de los bienes y fondos públicos, en las distintas etapas de recaudo o adquisición, conservación,

enajenación, gasto, inversión y disposición. A su turno, según la Corte Constitucional, la vigilancia de esta gestión se centra en *“... establecer si las diferentes operaciones, transacciones y acciones jurídicas, financieras y materiales en las que se traduce la gestión fiscal se cumplieron de acuerdo con las normas prescritas por las autoridades competentes, los principios de contabilidad universalmente aceptados o señalados por el Contador General, los criterios de eficiencia y eficacia aplicables a las entidades que administran recursos públicos y, finalmente, los objetivos, planes, programas y proyectos que constituyen, en un período determinado, las metas y propósitos inmediatos de la administración”*⁷⁴.

Por lo tanto, en cada caso se impone examinar si la respectiva conducta del gestor público guarda alguna relación con la noción específica de gestión fiscal, bajo la comprensión de que ésta tiene una entidad material y jurídica propia que se desenvuelve mediante planes de acción, programas, actos de recaudo, administración, inversión, disposición y gasto, entre otros, con miras a cumplir las funciones constitucionales y legales que en sus respectivos ámbitos convocan la atención de las servidoras y los servidores públicos y los particulares responsables del manejo de fondos o bienes del Estado.

En relación con *el concepto de gestión fiscal* ha dicho la Corte Constitucional:

“Con arreglo a la nueva Carta Política la gestión fiscal no se puede reducir a perfiles económico-formalistas, pues, en desarrollo de los mandatos constitucionales y legales el servidor público y el particular, dentro de sus respectivas esferas, deben obrar no solamente salvaguardando la integridad del patrimonio público, sino ante todo, cultivando y animando su específico proyecto de gestión y resultados. Proceder éste que por entero va con la naturaleza propia de las cosas públicas, por cuanto la efectiva realización de los planes y programas de orden socio-económico, a tiempo que se sustenta y fortalece sobre cifras fiscales, funge como expresión material de éstas y de la acción humana, por donde la adecuada preservación y utilización de los bienes y rentas del Estado puede salir bien librada a instancias de la vocación de servicio legítimamente entendida, antes que de un plano y estéril cumplimiento normativo, que no por obligatorio garantiza sin más la realización práctica de las tareas públicas. Se podría agregar que: el servidor público o el particular -dentro de una dimensión programática-, con apoyo en los bienes y fondos estatales puestos a su cuidado pueden alcanzar los objetivos y resultados de la gestión proyectada, al propio tiempo que dichos bienes y fondos despliegan su eficiencia económica manteniendo la integridad patrimonial que la vida

⁷⁴ Sentencia C-499/98 de septiembre quince(15) de mil novecientos noventa y ocho (1998) *Ibidem*

útil y la circulación monetaria les permite. Se trata de abogar por la integridad y fortalecimiento de un patrimonio público dinámico, eficiente y eficaz, en la senda de la gestión estatal que por principio debe privilegiar el interés general sobre el interés particular; lo que equivale a decir que: la mejor manera de preservar y fortalecer el patrimonio público se halla en la acción programática, que no en la mera contemplación de unos haberes “completos” pero inertes.⁷⁵”

3.2. LA VIGILANCIA FISCAL: UN ELEMENTO DE GARANTÍA PARA EL CUMPLIMIENTO DE LOS FINES ESENCIALES DEL ESTADO

En la actualidad no se discute que la función de comprobación, inspección, fiscalización, intervención sobre la actividad de las entidades públicas es un dispositivo necesario para la realización de los fines esenciales del Estado. En particular, el control fiscal recae sobre la conformación y el uso que se haga del patrimonio público, con un decisivo papel en el proceso de retroalimentación de las entidades ejecutoras.

Lo anterior es así, por cuanto el control fiscal es el mecanismo por medio del cual se asegura “el cabal cumplimiento de los objetivos constitucionalmente previstos para las finanzas del Estado”.⁷⁶

El control fiscal es el mecanismo por medio del cual se asegura “el cabal cumplimiento de los objetivos constitucionalmente previstos para las finanzas del Estado.”

El control fiscal ya no se ejerce a partir del análisis numérico legal del gasto público sino que ahora vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes públicos. Se ejerce en forma posterior y selectiva conforme a los procedimientos, sistemas y principios que establezca la ley. De acuerdo con este mandato, por ser posterior se realiza una vez se hayan ejecutado las distintas operaciones, actividades y procesos que serán objeto de control, y al ser selectivo, significa que no se revisan todas y cada una de las actuaciones administrativas adelantadas por quienes realizan gestión fiscal, sino que utilizando la técnica de muestreo, se examina solamente un grupo representativo de operaciones, cuentas u otros procesos relacionados con el gasto público que, a juicio de las Contralorías, sea suficiente para extraer conclusiones y extenderlas sobre el universo de los actos potencialmente controlables.

75 CORTE CONSTITUCIONAL. C-840 de 2001. M. P. Jaime Araujo Rentarúa.

76Ibidem

Las razones que motivaron la proscripción del sistema de control fiscal previo y universal⁷⁷ en Colombia fueron los efectos perjudiciales de su implementación en el normal desenvolvimiento de la función administrativa. Con esta eliminación se pretendió erradicar la coadministración de los organismos de control, que antes de la Carta de 1991 intervenían en los procesos de contratación pública hasta el punto de condicionar o incluso vetar la capacidad contractual de las entidades del Estado. El vicio fundamental detectado en el esquema consistía en que la intervención temprana de la Contraloría impedía la celebración de los contratos cuando quiera que se verificara el incumplimiento de los requisitos legales de contratación.

De manera tal, que la vigilancia de la gestión fiscal se ejerce de manera integral puesto que ahora incluye el conjunto de actividades económicas, jurídicas y tecnológicas, tendientes a la adecuada y correcta adquisición, planeación, conservación, administración, custodia, explotación, enajenación, consumo, adjudicación, gasto, inversión y disposición de los bienes públicos, así como la recaudación, manejo e inversión de sus rentas, en orden a cumplir los fines esenciales del Estado. La vigilancia de la gestión fiscal incluye también el ejercicio de un control financiero, de gestión y de resultados, fundado en los principios de legalidad, eficiencia, economía, eficacia, equidad, imparcialidad, moralidad, transparencia, publicidad y la valoración de los costos ambientales.

3.3. RESPONSABILIDAD FISCAL

3.3.1. CARÁCTER RESARCITORIO DE LA RESPONSABILIDAD FISCAL

El proceso de responsabilidad fiscal se fundamenta en el numeral 5 del artículo 268 de la Constitución, según el cual el Contralor General de la República tiene la atribución de establecer la responsabilidad que se derive de la gestión fiscal, imponer las sanciones pecuniarias que sean del caso, recaudar su monto y ejercer la jurisdicción coactiva sobre los alcances deducidos de la misma, facultades que a su vez tienen asiento en la función pública de vigilancia y control sobre la gestión fiscal que realicen las servidoras y los servidores públicos o los particulares en relación con los bienes y recursos estatales puestos a su cargo. Funciones éstas que por igual se predicán de las Contralorías Territoriales.

77 Históricamente conviene advertir que, a través de la Ley 20 de 1975 se estableció en Colombia un sistema de control fiscal integrado por las modalidades de: previo, perceptivo, posterior, universal y selectivo. Sistema que a la postre tocó a su fin por cuanto en la práctica degeneró en coadministración por parte de la Contraloría General de la República, irresponsabilidad de los cuenta dantes en virtud del control previo, contrasentidos en las decisiones internas del control previo frente al control posterior, amén de las conductas de los contralores conocidos de autos dentro de la historia judicial del país.

Necesariamente se deriva la responsabilidad fiscal del ejercicio de una gestión fiscal. La responsabilidad fiscal de acuerdo con el numeral 5° del artículo 268 constitucional únicamente se puede predicar respecto de las servidoras y los servidores públicos y particulares que estén jurídicamente habilitados para ejercer gestión fiscal, es decir, que tengan poder decisorio sobre bienes o fondos del Estado puestos a su disposición. No sobra recordar que la Corte⁷⁸ declaró la exequibilidad de la expresión “con ocasión de ésta”, contenida en el artículo 1° de la Ley 610 de 2000, norma que regula actualmente la materia, en el entendido de que los actos que materialicen la responsabilidad fiscal comporten una relación de conexidad próxima y necesaria con el desarrollo de la gestión fiscal.

El objeto de la responsabilidad fiscal es el resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público como consecuencia de la conducta dolosa o culposa de quienes realizan gestión fiscal. Esta reparación debe enmendar integralmente los perjuicios que se hayan causado, esto es: incorporando el daño emergente, el lucro cesante y la indexación a que da lugar el deterioro del valor adquisitivo de la moneda.

El artículo 1° Ley 610 de 2000 define el proceso de responsabilidad fiscal como el “conjunto de actuaciones administrativas adelantadas por las Contralorías con el fin de determinar y establecer la responsabilidad de los servidores públicos y de los particulares, cuando en ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de ésta, causen por acción u omisión y en forma dolosa o culposa un daño al patrimonio del Estado.”

El artículo 4° siguiente, precisa que la responsabilidad fiscal tiene por objeto el resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público, resarcimiento que se logra mediante el pago de una indemnización pecuniaria que compense dicho perjuicio.

En el ordenamiento jurídico existen diferentes tipos de responsabilidad, las cuales, aunque se rijan por principios constitucionales comunes como el debido proceso y los que regulan la actuación administrativa, son autónomas, tienen objeto, naturaleza y finalidad propias y están reguladas por sistemas legislativos diferentes.⁷⁹

⁷⁸ Véase la Sentencia C-840 de 2001.

⁷⁹ Las modalidades de responsabilidad más frecuentes a que puede dar lugar la actuación de los servidores públicos y de los particulares en los casos que señale la ley, son las de carácter penal, disciplinaria, patrimonial, política y fiscal. En la materia que ocupa la atención de la Corte, en diferentes escenarios se alude a la sujeción a los principios y fundamentos constitucionales. Así por ejemplo, durante el trámite de aprobación de la ley a la que pertenecen las normas acusadas (L. 610), se plantearon estos presupuestos en la ponencia para primer debate en la Cámara

Para diferenciar los distintos tipos de responsabilidad que recaen sobre la servidora o el servidor público, debe tenerse en cuenta que el artículo 124 de la Constitución Política, en consonancia con el artículo 6º *ibidem*, establece que la ley determinará la responsabilidad de las servidoras y los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva. Lo propio se debe predicar en torno a los particulares que ejercen gestión fiscal.⁸⁰

Esta norma alberga varios preceptos fundamentales:

- a. Ratifica el principio básico de la responsabilidad de toda servidora o servidor público por sus actos u omisiones.
- b. Crea la reserva legal de la responsabilidad (por acción, omisión, y por extralimitación).
- c. La ley podrá configurar diversas clases de responsabilidad oficial: de naturaleza política, de carácter patrimonial de naturaleza penal y disciplinaria y responsabilidad fiscal. A cada una de ellas corresponden diversos mecanismos para hacerlas valer, sin que se prohíba hacerlas simultáneas e independientes entre sí.

En el derecho colombiano la regla general señala que las responsabilidades son subjetivas, es decir, que deben atender a la culpabilidad del autor. Por tanto, para que alguien sea condenado como responsable (independientemente del tipo de responsabilidad penal, civil, disciplinaria, administrativa o fiscal, debe haber desplegado una conducta culposa o dolosa.

De los planteamientos expuestos puede concluirse que, tanto en el proceso disciplinario como en el de tipo fiscal, la responsabilidad es administrativa, toda vez que se juzga la conducta de una servidora o de un servidor público o de un particular o de una particular que ejerce transitoriamente funciones públicas,

de Representantes: “- Consagración en forma expresa del sometimiento del proceso de responsabilidad fiscal a los principios que regulan el debido proceso y a los que presiden la actuación de la administración, de manera que, de una parte, se brinden a los presuntos responsables vinculados a investigaciones y los juicios fiscales todas las garantías para el ejercicio de su derecho a la defensa y, de otra parte, las contralorías obren con celeridad, eficiencia, eficacia, economía e imparcialidad en el trámite de estos procesos, que son los mismos atributos que dichos organismos evalúan respecto de la gestión de las entidades vigiladas. (...) - Correlación entre el objeto del proceso de responsabilidad fiscal y la atribución constitucional de la cual emana su fundamento legal, establecida en el numeral 5º del artículo 267 de la Carta, en cuya virtud corresponde a los contralores establecer la responsabilidad que se derive de la gestión fiscal, de manera que el establecimiento de aquélla por parte de las contralorías está referida a una indebida o inadecuada gestión fiscal de la cual se derive un daño patrimonial que afecte la hacienda pública. (...)”. En: *Gaceta del Congreso* No. 299 del 26 de noviembre de 1998, pág. 8

80 Véase Sentencia C-558 de 2001. M. P. Jaime Araujo Rentería.

por incumplimiento de los deberes que les están asignados o por incurrir en conductas prohibidas que afectan el buen desempeño de la función pública (proceso disciplinario) y el manejo de los bienes o recursos públicos (proceso fiscal). En el proceso de responsabilidad fiscal la condena es eminentemente patrimonial, porque como consecuencia de su declaratoria el implicado debe resarcir, mediante el pago de una indemnización pecuniaria, el perjuicio patrimonial causado a la respectiva entidad.

Las características de la responsabilidad fiscal han sido consideradas y establecidas durante los procesos de configuración legislativa y en la jurisprudencia constitucional. Por ejemplo, en el informe ponencia para primer debate al proyecto de ley en la Comisión Quinta del Senado se insistió en la necesidad de otorgar un procedimiento autónomo a la responsabilidad fiscal. En esa oportunidad se dijo que “Tanto el proyecto inicial como las diversas ponencias son reiterativas en señalar la necesidad de regular de manera integral el régimen de responsabilidad fiscal, estableciendo en forma clara y precisa las reglas de procedimiento para su determinación. Sin embargo, más allá del propósito laudable de suplir los vacíos y deficiencias de la actual regulación contenida en la Ley 42 de 1993, existe una necesidad mayor: la de imprimirle identidad propia a la función fiscalizadora, de manera que la responsabilidad fiscal se consolide como una responsabilidad autónoma, con sus procedimientos propios e independientes de otros tipos de responsabilidad que existen en el ordenamiento jurídico”⁸¹.

Así mismo, en la ponencia para segundo debate en la Cámara de Representantes se señaló lo siguiente: “No cabe duda, pues, de la conveniencia y oportunidad de esta reforma a la regulación del proceso de responsabilidad fiscal, cuyos aspectos centrales son: - Reconocimiento del carácter resarcitorio y administrativo del proceso, lo cual significa, de una parte, que, si bien la responsabilidad es personal y subjetiva, la misma no tiene carácter sancionatorio, y en tal virtud (...) la decisión con que concluya el proceso es susceptible de impugnación ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo y que la primera fuente normativa a aplicar en lo no regulado es, por consiguiente, el Código Contencioso Administrativo”⁸².

81 Gaceta del Congreso No. 177 del 31 de mayo de 2000, pág. 9. Sobre estas calidades, el parágrafo 1º del artículo 4º de la Ley 610, establece que “La responsabilidad fiscal es autónoma e independiente y se entiende sin perjuicio de cualquier otra clase de responsabilidad”. Para la Corte, “La responsabilidad fiscal se entiende sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria y penal a que haya lugar. Por consiguiente, es claro que dicho proceso no es ni puede calificarse como un proceso sancionatorio, pues tienen una naturaleza diferente. Además, éste proceso se inicia con posterioridad al fallo que se profiere en el proceso de responsabilidad fiscal, por lo que se trata de dos procesos distintos, autónomos e independientes”. Sentencia T-973 de 1999, M.P. Alvaro Tafur Gálvis.

82 Gaceta del Congreso No. 299 del 26 de noviembre de 1998, pág. 8. El legislador reconoce, igualmente, que la responsabilidad fiscal tiene por objeto el resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público como consecuencia de la conducta dolosa o culpable de quienes realizan gestión fiscal mediante el pago de una indemnización pecuniaria que

De otro lado, en la jurisprudencia de la Corte Constitucional se ha considerado igualmente el carácter autónomo y resarcitorio de la responsabilidad fiscal. Así por ejemplo, en la sentencia SU-620 de 1996, la Corte expresó que: *“Dicha responsabilidad no tiene un carácter sancionatorio, ni penal ni administrativo (parágrafo art. 81, ley 42 de 1993). En efecto, la declaración de responsabilidad tiene una finalidad meramente resarcitoria, pues busca obtener la indemnización por el detrimento patrimonial ocasionado a la entidad estatal. Es, por lo tanto, una responsabilidad independiente y autónoma, distinta de la disciplinaria o de la penal que pueda corresponder por la comisión de los mismos hechos. En tal virtud, puede existir una acumulación de responsabilidades, con las disciplinarias y penales, aunque se advierte que si se percibe la indemnización de perjuicios dentro del proceso penal, no es procedente al mismo tiempo obtener un nuevo reconocimiento de ellos a través de dicho proceso, como lo sostuvo la Corte en la sentencia C-046/94”*.

Posteriormente, en la sentencia C-189 de 1998, M.P. Alejandro Martínez Caballero se señaló que *“Los procesos de responsabilidad fiscal tienen claro sustento constitucional. Así, la Carta señala que corresponde a la Contraloría proteger el buen manejo de los fondos públicos, atribución que incluye la posibilidad de adelantar juicios fiscales como los previstos por la norma impugnada. La Corte señaló entonces que los juicios fiscales tienen esencialmente una naturaleza resarcitoria, pues se busca que el funcionario repare el daño causado al erario público por su conducta dolosa o culposa”*⁸³.

De lo expuesto se infiere entonces que el carácter autónomo y resarcitorio de la acción de responsabilidad fiscal a cargo de las contralorías es compatible con la responsabilidad que deduzcan otras autoridades judiciales o administrativas en relación con el cumplimiento irregular o el incumplimiento de las obligaciones que surjan de los contratos estatales, sin que este ejercicio comporte la determinación de un tipo de responsabilidad diferente de la fiscal, ni implique la vulneración del derecho al debido proceso o el desconocimiento del principio

compense el perjuicio sufrido por la respectiva entidad estatal (Art. 4º, Ley 610/2000).

83 En el mismo sentido en la sentencia C-364 de 2001, M.P. Eduardo Montealegre Lynett se dijo que *“Si los procesos de responsabilidad fiscal, son la forma por excelencia a través de la cual, las Contralorías cumplen con su función fiscalizadora de la gestión de los dineros públicos, en nada se opone a la Constitución que la ley permita a la Contraloría General de la República, en los casos en que se ejerza su función de control excepcional, adelantar dichos procesos y llevarlos a su culminación; mucho menos cuando se tiene en cuenta que la posibilidad de declarar la existencia de responsabilidad fiscal, con sus consecuencias, forma parte de la naturaleza de los juicios fiscales; en ese sentido, cualquier tipo de actuación debe respetar los primados del debido proceso, lo cual sólo es posible si se permite la existencia de un procedimiento determinado, que garantice el derecho de defensa y las demás garantías procesales que consagra la Constitución”*. Así mismo, en la sentencia C-619 de 2001, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, se dijo que *“la definición de naturaleza administrativa del proceso de responsabilidad fiscal significa que el fallo correspondiente puede ser demandado ante la jurisdicción contencioso de lo administrativo”*.

de separación de poderes, como lo alegan los demandantes, puesto que ellas versan sobre diferentes conductas o bienes jurídicos objeto de protección

3.3.2. ELEMENTOS QUE CONFIGURAN LA RESPONSABILIDAD FISCAL

- *De conformidad con el artículo 5 de la ley 610 de 2000, la responsabilidad fiscal estará integrada por los siguientes elementos⁸⁴:*
- *Una conducta dolosa o culposa atribuible a una persona que realiza gestión fiscal.*
- *Un daño patrimonial al Estado.*
- *Un nexo causal entre los dos elementos anteriores.*

3.3.2.1. EL GESTOR FISCAL, CUYA CONDUCTA SEA DOLOSA O GRAVEMENTE CULPOSA

El gestor fiscal es la servidora o el servidor público o el particular o la particular con funciones públicas, que tiene un título jurídico sobre unos fondos o bienes del Estado, determinados o determinables objetivamente, a efectos de que los administre o maneje de acuerdo con las atribuciones legalmente asignadas. Calidad fiscal que se materializa en la medida en que el respectivo titular tenga acceso efectivo a los correspondientes fondos o bienes. Deben concurrir entonces: el título, la determinación actual o futura de los fondos o bienes estatales y el acceso efectivo a los mismos.

El gestor fiscal lo es dentro de los dominios de la gestión fiscal, la cual es definida por el artículo 3 de la ley 610 en los siguientes términos:

Para los efectos de la presente ley, se entiende por gestión fiscal el conjunto de actividades económicas, jurídicas y tecnológicas, que realizan los servidores públicos y las personas de derecho privado que manejen o administren recursos o fondos públicos, tendientes a la adecuada y correcta adquisición, planeación, conservación, administración, custodia, explotación, enajenación, consumo, adjudicación, gasto, inversión y disposición de los bienes públicos, así como a la recaudación, manejo e inversión de sus rentas en orden a cumplir los fines esenciales del Estado, con sujeción a los principios de legalidad,

⁸⁴ En este punto se toma como referencia el artículo escrito por el Profesor José Antonio Molina Torres, Magistrado del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, publicado en la Revista Contexto No 21. Edición Especial. Bogotá: Universidad Externado, noviembre de 2004. Páginas 63 a la 83.

eficiencia, economía, eficacia, equidad, imparcialidad, moralidad, transparencia, publicidad y valoración de los costos ambientales.

De acuerdo con esta definición legal la gestión fiscal se enmarca dentro de tres actividades básicas, a saber: económicas, jurídicas y tecnológicas. Esto es, con referencia a los bienes, a los derechos, al ingreso y al gasto públicos; asimismo, con referencia a las decisiones, acuerdos, contratos y demás compromisos que en derecho se puedan adoptar en el ámbito de los bienes, derechos, rentas, recursos, fondos e intereses estatales; igualmente, con referencia a los procesos tecnológicos que incorpore la gestión encomendada a las servidoras o servidores públicos o a los particulares con funciones públicas.

La gestión fiscal está en cabeza de servidoras y servidores públicos y de personas de derecho privado que en virtud de un título jurídico tienen competencia o capacidad para administrar o manejar recursos o fondos públicos, entendidos éstos en su acepción más amplia. Al respecto conviene precisar las siguientes expresiones:

(i) *Son servidores públicos* los miembros de las corporaciones públicas, los empleados, empleadas y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios (art. 123 C.P.). Vale decir, son servidoras o servidores públicos los y las congresistas, los diputados y las diputadas, los concejales y las concejales, los empleados y empleadas públicos, los trabajadores y las trabajadoras oficiales, y los empleados y las empleadas de las sociedades de economía mixta en las que el aporte de la Nación, de las entidades territoriales o descentralizadas, sea igual o superior al 90% del capital social (arts. 38 parág. 1º y 97 parág. de la ley 489/98). Siendo igualmente claro que con arreglo al artículo 41 de la ley 142 de 1994 las empleadas o empleados de las empresas de servicios públicos mixtos son trabajadores particulares, independientemente del porcentaje del aporte estatal en el capital social. En otras palabras, para efectos laborales las empresas de servicios públicos mixtas en ningún caso se asimilan a empresas industriales y comerciales del Estado. Lo cual tiene especial arraigo en los artículos 365 y 367 de la Constitución.

(ii) *Por exclusión quedan las personas de derecho privado*, que con apoyo en el artículo 210 superior **pueden cumplir funciones administrativas** en las condiciones que señale la ley. Tales personas pueden ser naturales o jurídicas, dado que ni la Constitución ni la ley distinguen al respecto; empero, en su momento será necesario plantear la preeminencia de la persona natural frente a la determinación del dolo o de la culpa grave.

(iii) De acuerdo con el Diccionario de la Real Academia Española, **administrar** significa: **“Gobernar, ejercer la autoridad o el mando sobre un territorio y sobre las personas que lo habitan. Dirigir una institución. Ordenar, disponer, organizar en especial la hacienda o los bienes”**. El mismo Diccionario define la palabra manejar, así: **“Gobernar, dirigir”**.

Así las cosas, en sentido estricto sólo administra o gestiona la persona⁸⁵ que tiene competencia o capacidad para gobernar, dirigir, organizar, ordenar, disponer, comprometer, gravar, adquirir o enajenar determinados bienes, derechos, rentas, recursos, fondos e intereses estatales. Sólo administra o gestiona quien tiene la competencia o capacidad jurídica para incidir con sus decisiones sobre la adecuada y correcta planeación, adquisición, conservación, administración, custodia, explotación, enajenación, consumo, adjudicación, gasto, inversión y disposición de los bienes públicos; así como en lo tocante a la recaudación, manejo e inversión de sus rentas.

La calidad de gestor fiscal se tiene dentro de una dimensión positiva, no negativa. Es decir, la competencia o capacidad para realizar gestión fiscal debe mirarse con referencia a un título habilitante, que no en alusión a conductas que exhibiendo una aparente condición gestora lo que en realidad entrañan es una irregularidad del sujeto que rebasa sus facultades. El título habilitante para desempeñar gestión fiscal puede hallarse inmerso en actos como el de posesión de una empleada o de un empleado público llamado a realizar gestión fiscal, en el de adscripción de funciones de gestión fiscal, en el contrato que celebra un trabajador o trabajadora oficial y que lleva anexas facultades de gestión fiscal y, en general, en todos aquellos actos que de manera directa, expresa e inequívoca le confieran facultades y atribuciones a determinada servidora o servidor público para realizar gestión fiscal.

El número de gestores fiscales en los planos nacional y territorial suele ser muy amplio.

A título meramente enunciativo podrían citarse como gestores fiscales dentro de una entidad, los siguientes: el ordenador del gasto, el jefe de planeación, el director jurídico, el jefe de presupuesto, el pagador o tesorero, el almacenista y el responsable de la caja menor. Siendo evidente que esta relación no es limitativa ni agota el amplio espectro de hipótesis, pues bien pueden aparecer otros gestores fiscales que en su momento se deben destacar. *En cualquier caso, sin título habilitante no surge la calidad de gestor fiscal, lo cual podría ocurrir, por*

⁸⁵ Servidor público o particular con funciones públicas de acuerdo con la Constitución y la ley.

ejemplo, con el cajero o cajera de un banco estatal, cuyas funciones sólo atienden a la recepción y entrega de dinero o de títulos valores, con el subsiguiente deber de reportar diariamente los conceptos y montos transados. Claro es que en tal caso, al carecer el cajero de todo poder de administración o manejo sobre los valores que recibe o entrega, su condición jurídica no es la de gestor fiscal.

En el campo de la contratación estatal el contratista o la contratista se considera gestor fiscal en proporción directa con las obligaciones, prerrogativas y atribuciones que recaigan sobre él con ocasión del contrato y su ejecución. Es decir, un contratista es gestor fiscal si del conjunto de obligaciones, prerrogativas y atribuciones que sobre él recaen por virtud del contrato, se desprende a su favor la capacidad para administrar o manejar recursos o bienes públicos. Así por ejemplo, podrían ser gestores fiscales los contratistas de determinadas obras o servicios, incluidos los consultores, interventores y asesores. Por donde el contrato estatal es el título jurídico habilitante para el contratista o la contratista, en relación con unos fondos o bienes determinados o determinables objetivamente, a los cuales (cuyos efectos) él debe tener acceso efectivo. El contratista es gestor fiscal en tanto goce de un título –contrato estatal- referido a la administración o manejo de unos fondos o bienes estatales determinados o determinables objetivamente, y a los cuales pueda tener acceso efectivo. Consecuentemente, para saber si en un caso determinado el contratista es gestor fiscal, lo primero que debe hacerse es conocer suficientemente las cláusulas y términos del contrato debidamente perfeccionado, toda vez que un contrato no perfeccionado sencillamente no nace a la vida jurídica, y por tanto, jamás podría aducirse como título válido para que un contratista ejerza gestión fiscal. Un título espurio no puede ser fuente de capacidad o atribución alguna en cabeza del contratista, y mucho menos en materia de gestión fiscal. De la ilegalidad nunca se puede derivar capacidad, atribución o derecho alguno, sin perjuicio de las compensaciones que se deban reconocer y pagar en razón del enriquecimiento sin causa.

En los dominios del contrato estatal podrían formularse las siguientes preguntas:

¿Un comisionista de bolsa que contrata sus servicios con una entidad estatal podría ser gestor fiscal? Desde luego que sí, veamos cómo y por qué.

De conformidad con el artículo 7 de la ley 45 de 1990, “Las sociedades comisionistas de bolsa deberán constituirse como sociedades anónimas y tendrán como objeto exclusivo el desarrollo del contrato de comisión para la compra y venta de valores”. Por lo mismo, en concordancia con el artículo 1287

del Código de Comercio, el comisionista o la comisionista de bolsa es quien se dedica profesionalmente a ejercer el contrato comercial de comisión, esto es, a desarrollar una especie de mandato para la ejecución de uno o varios negocios, en nombre propio, pero por cuenta ajena. De suerte tal que, en tanto el contrato estatal faculta al comisionista de bolsa para vender o comprar acciones u otros efectos bursátiles, en nombre propio, pero por cuenta de una entidad pública y con referencia a su presupuesto y patrimonio, dicho comisionista será un auténtico gestor fiscal, dadas las atribuciones que el contrato estatal le confiere para administrar y disponer de (en relación con) unos fondos o bienes estatales (decreto 1172 de 1980, leyes 27 y 45 de 1990).

¿Una abogada o un abogado contratado por una entidad estatal para cobrar cartera morosa, estaría ejerciendo gestión fiscal? Depende de las condiciones del contrato.

En efecto, si en virtud del contrato estatal el abogado estuviere autorizado para hacer descuentos o conceder algunas facilidades de pago que en el fondo impliquen poder de disposición o manejo sobre los dineros a cobrar, dicho abogado tendría la condición de gestor fiscal. En caso contrario, esto es, cuando en virtud del contrato el abogado estuviere limitado a realizar una gestión persuasiva y ejecutiva de cobro sin ninguna opción de disposición o manejo sobre los dineros a recaudar, no tendría la calidad de gestor fiscal. Ahora bien, en el caso de que en esta última hipótesis –cuando carece del título- el abogado llegare a realizar actos de disposición o manejo sobre los dineros a cobrar, deberá asumir las responsabilidades que se le puedan atribuir (deducir) conforme a la legislación vigente, sin que por otra parte pudiera tomarse el eventual daño como causa para convertir al abogado en gestor fiscal. Ciertamente es que en tal circunstancia él deberá responder patrimonialmente ante la Administración, pero no como gestor fiscal. A tales efectos deberá estarse a lo dispuesto en el Estatuto de Contratación Pública sobre responsabilidad del contratista, sin perjuicio de la responsabilidad penal y disciplinaria a que haya lugar.

Para que la conducta del gestor fiscal sea relevante en términos de responsabilidad fiscal, debe realizarse con dolo o culpa grave⁸⁶. Observando al punto que la conducta es dolosa cuando el agente quiere la realización de un hecho ajeno a las finalidades del servicio del Estado. Asimismo, que la conducta es gravemente culposa cuando el daño es consecuencia de una infracción directa a la Constitución o a la ley, o de una inexcusable omisión o extralimitación en el ejercicio de las funciones; tal como se desprende de

86 Sentencia C-619 de 2002 de la Corte Constitucional.

los artículos 5 y 6 de la ley 678 de 2001, cuya entera aplicación es nítidamente predicable en los procesos de responsabilidad fiscal, pues, en atención a la especialidad de la materia, no son suficientemente compatibles los códigos civil y penal en cuanto a dolo y culpa se refiere⁸⁷.

]Situaciones configurativas de culpa grave

Aceptando que se presenta culpa grave cuando el gestor fiscal ha actuado con excesiva negligencia o imprudencia o ha incurrido en una infracción u omisión inexcusables del ordenamiento jurídico o en una falta de aplicación de los conocimientos que le imponen su profesión o oficio, de los cuales se haya derivado la afectación del patrimonio público, no cabe duda de que un daño producido al erario por alguna de las siguientes situaciones implica que el gestor fiscal ha obrado con culpa grave:

Ejecución de los recursos presupuestales sin una planeación correcta y adecuada o sin realizar los estudios técnicos, económicos, jurídicos o de factibilidad, diseños, planos o proyectos necesarios para su inversión.

Elaboración de pliegos de condiciones o términos de referencia en forma incompleta, ambigua o confusa, de manera que conduzcan a interpretaciones o decisiones técnicas que afecten la integridad patrimonial de la entidad contratante.

Celebración de contratos con recursos del erario sin contar con la garantía de que su ejecución cuenta con el respaldo presupuestal necesario para su terminación.

Omisión del cumplimiento de las obligaciones propias de los contratos de consultoría, interventoría o supervisión, o no adelantamiento de revisiones periódicas de obras, bienes o servicios, de manera que no se establezca la correcta ejecución del objeto contractual o el cumplimiento de las condiciones de calidad y oportunidad ofrecidas por los contratistas.

Incumplimiento de la obligación de asegurar los bienes de la entidad o la de hacer exigibles las pólizas o garantías frente al acaecimiento de los siniestros o el incumplimiento de los contratos.

87 Véase el artículo 66 de la ley 610 de 2000, así como las sentencias C-374 de 2002, C-455 de 2002 y C-285 de 2002 de la Corte Constitucional.

Omisión injustificada del deber de efectuar comparaciones de precios, ya sea mediante estudios o consultas de las condiciones del mercado o el cotejo de los ofrecimientos recibidos y aceptación sin justificación objetiva de ofertas que superen los precios del mercado.

Aceptación de bienes, obras o servicios de calidad inferior a la contratada o a la establecida en normas técnicas y omisión en la realización oportuna de las reclamaciones correspondientes.

Reconocimiento de salarios, prestaciones y demás emolumentos y haberes laborales con violación de las normas que rigen el ejercicio de la función pública o las relaciones laborales.

Omisión o ligereza en la defensa de los intereses patrimoniales de la entidad pública en actuaciones judiciales, arbitrales o conciliatorias.

En general, cualquier conducta negligente o imprudente abiertamente contraria a los principios que informan el ejercicio de la función administrativa y la gestión fiscal o a su naturaleza y objeto.

3.3.2.2. EL DAÑO PATRIMONIAL DEL ESTADO

Sea lo primero destacar **el término patrimonio público** en su sentido amplio, esto es, en cuanto conjunto de bienes, derechos, rentas y recursos del Estado. A su vez referido al concepto de hacienda pública en sus múltiples manifestaciones económico – jurídicas.

En esta dimensión figuran los bienes de uso público, los bienes fiscales, el patrimonio arqueológico de la Nación, los derechos, los ingresos corrientes, las contribuciones parafiscales, los fondos especiales, los recursos de capital, los ingresos de los establecimientos públicos; en general, todos los bienes, derechos, fondos y recursos de que sea titular el Estado dentro de la órbita pública o privada.

Dentro del presupuesto general de la Nación se hallan incorporados los ingresos corrientes, las contribuciones parafiscales, los fondos especiales, los recursos de capital y los ingresos de los establecimientos públicos. Por contraste, los bienes y derechos del Estado se hallan al margen del presupuesto general de la Nación, Pero todos a una integran el patrimonio público que es de los colombianos. Es decir, tanto lo que se incorpora al presupuesto general de la Nación como lo que se halla fuera del mismo, es constitutivo de patrimonio público.

El patrimonio público así entendido es susceptible de daño a partir de múltiples fuentes, tales como los actos terroristas, el hurto, el abuso de confianza calificado, el aprovechamiento de error ajeno, el enriquecimiento ilícito, el peculado, el cohecho, etc. Por donde, los autores o autoras y partícipes de hechos lesivos del patrimonio público pueden ser particulares o servidores y servidoras públicos, ya en el campo de los actos privados, ora en la órbita de las funciones públicas, y, en esta última dimensión, en desarrollo de tareas que pueden o no involucrar atribuciones para ejercer gestión fiscal. Así entonces, pueden producir daño patrimonial, entre otros: el que detona una bomba en los cimientos de un edificio estatal o en un puente abierto al público, el que destruye o se apropia de una estatua de un asentamiento arqueológico, el que hurta o desvalija un vehículo oficial, el que asalta un banco llevándose títulos valores de propiedad del Estado, el que se apropia ilegalmente de aportes o acciones que el Estado tiene en una sociedad de economía mixta, la servidora o el servidor público que mediante documentos falsos accede al reconocimiento de una pensión y la cobra, la servidora o el servidor público que se apropia de un mayor valor recibido por concepto de salario, sin corresponderle legalmente según su escala salarial; la servidora o el servidor público que se apropia ilegalmente de los bienes y recursos oficiales puestos bajo su custodia o administración, la servidora o el servidor público que permite que los bienes puestos bajo su custodia y cuidado se dañen, pierdan o deterioren; la servidora o el servidor público que planea irresponsablemente la marcha de la entidad, o que certifica disponibilidad presupuestal sobre rubros agotados o insuficientes, o que celebra contratos lesivos al presupuesto y al patrimonio de la entidad que regenta, así como el contratista que da un manejo dañino a los bienes, recursos o fondos recibidos, con o sin poder de administración y manejo, según las cláusulas del contrato estatal; hipótesis que puede concurrir con el acuerdo del ordenador del gasto y el contratista para incluir sobrecostos. Asimismo, la servidora o el servidor público que paga una cuenta que no corresponde a obligación alguna, o que sólo corresponde a un menor valor; o que invierte sumas oficiales en acciones de sociedades anónimas sumidas en la iliquidez; o que permite que bancos irresponsables continúen recaudando impuestos nacionales en detrimento del tesoro público, tal como le ocurrió a cierta ex directora de la DIAN, y que en buena hora fue sancionada por la Procuraduría General de la Nación.

Pero también es cierto que el patrimonio estatal puede sufrir daño por hechos constitutivos de caso fortuito o fuerza mayor, por la guerra entre naciones, o por la misma globalización de los males del capitalismo que cual riada incontenible arrasan rentabilidades y valores patrimoniales.

Del examen de las situaciones anteriores se concluye que el daño al patrimonio del Estado puede provenir de dos grandes vertientes, a saber: (i) la de hechos, actos o acontecimientos que se encuentran al margen de la gestión fiscal; (ii) la de actos, hechos, omisiones, operaciones y contratos que se hallan en los dominios de la gestión fiscal. Siendo esta vertiente la que importa a los fines del proceso de responsabilidad fiscal⁸⁸.

3.3.2.3. NEXO CAUSAL ENTRE LA CONDUCTA DOLOSA O GRAVEMENTE CULPOSA DEL GESTOR FISCAL Y EL DAÑO PATRIMONIAL PRODUCIDO

Para efectos del proceso de responsabilidad fiscal se requiere que la servidora o el servidor público o el particular con funciones públicas, que en tanto gestores fiscales, produzcan daño fiscal con dolo o culpa grave, lo hagan sobre bienes, rentas o recursos que se hallen bajo su esfera de acción en virtud del respectivo título habilitante. En el mismo entendimiento, no podría predicarse responsabilidad fiscal respecto de un gestor fiscal que causa daño patrimonial estatal, con dolo o culpa grave, sobre bienes, rentas o recursos que corresponden a la esfera de acción de otro gestor fiscal⁸⁹. *Es decir, para deducir responsabilidad fiscal no basta con que el gestor fiscal produzca daño fiscal con dolo o culpa grave en relación con bienes, rentas o recursos estatales, pues como bien claro queda, es preciso que tales haberes se hallen bajo su esfera de acción en virtud del respectivo título habilitante.*

En este universo de infractores se presentan casos en los que concurren simultáneamente agentes depredadores del patrimonio público, en su condición de gestores fiscales, frente a los respectivos bienes, rentas o recursos, junto con otros agentes depredadores que carecen de tal condición frente a dichos haberes. Todo lo cual puede acaecer entre servidoras o servidores públicos, entre éstos y particulares, o únicamente entre particulares. A condición de que en cada hipótesis, por lo menos un agente sea gestor fiscal en relación con los bienes, rentas o recursos defraudados.

Desde luego que el agente depredador que no sea gestor fiscal deberá responder patrimonialmente a favor del Estado conforme a la legislación vigente, sin perjuicio de las responsabilidades penales y disciplinarias que se puedan derivar de su conducta. Empero, se destaca, en tanto no sea gestor fiscal, este agente estará excluido de toda responsabilidad fiscal. Quedando en todo caso

⁸⁸ Sobre responsabilidad fiscal en el marco presupuestal pueden verse las hipótesis descritas en el artículo 112 del decreto 111 de 1996.

⁸⁹ Sentencia C-840 de 2001 de la Corte Constitucional.

debidamente salvaguardada la defensa del patrimonio público a través de las correspondientes acciones que establece el ordenamiento jurídico.

La concurrencia de gestores fiscales que con dolo o culpa grave han causado en un mismo caso detrimento patrimonial en relación con bienes, rentas y recursos puestos bajo su esfera de acción por los respectivos títulos habilitantes, implica una distribución de la responsabilidad fiscal en cabeza de cada uno de ellos a prorrata de su participación cuantitativa y cualitativa en los actos o hechos investigados.

En esta perspectiva de concurrencia, cuando quiera que la ley o la convención así lo dispongan habrá lugar a la responsabilidad solidaria. Tal sería el caso, por ejemplo, de la responsabilidad prevista en el párrafo del artículo 112 del decreto 111 de 1996, que a la letra reza:

“Los ordenadores y pagadores serán solidariamente responsables de los pagos que efectúen sin el lleno de los requisitos legales.”

1) Detrimento patrimonial al erario ocasionado entre entidades públicas

Frente **al daño patrimonial**, uno de los aspectos que ha revestido amplia discusión es la consideración de su existencia como generador de responsabilidad fiscal **cuando el mismo se produce entre dos o más entidades públicas**. Varios ejemplos permiten ilustrar la situación planteada:

Cuando una entidad pública no presenta oportunamente la declaración de retenciones en la fuente y como consecuencia de ello debe pagar unos intereses de mora y una sanción por extemporaneidad a favor de la DIAN, y, en general, cuando existe mora o inexactitud en el cumplimiento de las obligaciones tributarias frente al Estado y ello da lugar al pago de intereses y sanciones.

Cuando se produce una reclamación de un mayor valor generado en la ejecución de un contrato interadministrativo, y la otra parte, sin necesidad de que se recurra a las instancias judiciales o alternativas de solución de conflictos, lo que daría lugar al ejercicio de la acción de repetición y no al proceso de responsabilidad fiscal, atiende y paga la reclamación del otro contratista.

Cuando la entidad estatal, frente a los plazos pactados para el efecto en el contrato, se retrasa en el cumplimiento de los pagos a otra entidad pública que oficia también como contratista y como consecuencia se ve obligada a efectuar el reconocimiento y pago de intereses de mora.

Naturalmente que en todos estos eventos, si se admite que la afectación del patrimonio de la entidad que realiza los pagos constituye fuente de responsabilidad fiscal, habrá que demostrar la actuación dolosa o gravemente culposa de los gestores fiscales que ocasionaron o dieron lugar a que se produjera el detrimento.

Pero, lo que aquí se expone es la disquisición sobre la configuración de daño con efectos sobre el patrimonio de los gestores fiscales, cuando el mismo acontece entre dos entidades públicas, dado que, en últimas, la integridad patrimonial del erario no se vería afectada, pues recursos que en principio corresponderían ser ejecutados por una entidad, terminarán siéndolo por otra a la cual ellos lleguen por efecto de la situación particular que así lo determine.

Con la anterior argumentación ha hecho carrera en las contralorías la tesis de que cuando el detrimento patrimonial al erario se ha ocasionado entre entidades públicas no hay lugar a la derivación de responsabilidad fiscal, pues en estricto rigor no ha existido lesión a la integridad del patrimonio público. Sin embargo, esta consideración que parece lógica y llamativa, tiene varios reparos para poder ser aceptada.

a) En primer lugar, no tiene en cuenta la situación que se presenta cuando las entidades involucradas pertenecen a distintos niveles territoriales o hacen parte de entidades territoriales distintas, en atención a la aplicación del principio constitucional de la autonomía de las entidades territoriales. Esta consideración derivaría en que solamente sería admisible la inexistencia de responsabilidad fiscal cuando el daño se hubiera ocasionado entre entidades pertenecientes al mismo nivel y entidad territorial.

b) En segundo lugar, tampoco tiene en cuenta la situación de las entidades descentralizadas funcionalmente o por servicios y de los órganos de régimen especial, los cuales, al estar dotados de personería jurídica, son titulares de un patrimonio propio y distinto del de la Nación o del de la correspondiente entidad territorial, y manejan autónomamente tanto su presupuesto como su contabilidad, en cuyos registros aparecerá reflejada la pérdida patrimonial en que se haya incurrido, aún si quien se beneficia de la misma es otra entidad pública. Con esta consideración, la inexistencia de responsabilidad fiscal se restringiría todavía más y quedaría reducida al daño ocasionado entre entidades pertenecientes al Nivel Central de la respectiva Administración Nacional o Territorial.

c) En tercer lugar y para todos los supuestos, la consideración de que en esos eventos no hay daño patrimonial, no atiende a la definición legal de la responsabilidad

fiscal, en cuya virtud el daño que da lugar a su declaración es aquel que proviene de una gestión fiscal que haya ido en contra de los cometidos y fines esenciales del Estado, particularizados por el objetivo funcional y organizacional, programa o proyecto de los sujetos de control fiscal de las contralorías.

De esta manera, cuando se produce una afectación indebida al patrimonio público con ocasión de la gestión fiscal de sus bienes y recursos, en últimas se está generando que aquellos que hubieran debido destinarse al cumplimiento del respectivo objetivo funcional y organizacional, programa o proyecto del respectivo sujeto de control, no se apliquen a esa finalidad, y por ende, en relación con el sujeto controlado, sí quepa hablar de una responsabilidad fiscal por el incumplimiento de ese imperativo legal.

Con base en las anteriores consideraciones se llega a la conclusión de que en ningún caso el daño patrimonial acaecido entre dos entidades públicas puede tomarse como inexistente para efectos de que las contralorías se abstengan en ellos de establecer la respectiva responsabilidad fiscal, si, además, concurren los restantes elementos que la estructuran.

De otro lado, es menester también plantearse en razón a la importancia del tema para la determinación de la responsabilidad fiscal ¿Cuándo existe realmente daño al patrimonio público en la contratación estatal por el reconocimiento y pago de mayores valores a los contratistas?

2) El pago de mayores valores en la ejecución de contratos estatales

Una de las principales fuentes de la responsabilidad fiscal la constituye la contratación estatal, en la medida en que la misma es una de las principales herramientas de gestión fiscal de los sujetos de control, y por consiguiente ella se encuentra expuesta a que en su utilización y por razón de la misma se afecte el patrimonio de las entidades gestoras.

En torno a la contratación estatal como fuente de la responsabilidad fiscal, un aspecto que amerita una reflexión es la determinación de la existencia de daño patrimonial cuando se está en presencia de sobrecostos o de mayores valores pagados frente a los pactados en los contratos estatales por circunstancias acaecidas durante su ejecución.

Esta reflexión, por tanto, excluye consideraciones sobre el detrimento producido por sobrecostos en la celebración de los contratos o por mayores valores reconocidos

y pagados derivados directamente de su liquidación y que no correspondan al reconocimiento en este acto de los eventos acaecidos durante su ejecución.

Con bastante frecuencia la *ejecución* de los contratos estatales, y principalmente la de los de tracto sucesivo, se ve afectada por eventos que derivan en el reconocimiento y pago al contratista de mayores valores que aquellos que fueron pactados en el acuerdo de voluntades, y no siempre y no necesariamente esas diferencias han de tenerse como constitutivas de detrimento al patrimonio público.

En efecto, son múltiples las circunstancias que pueden dar lugar a esos reconocimientos: unas atribuibles a la administración, otras al propio contratista, algunas a las dos partes y otras a eventos de fuerza mayor o caso fortuito, pero también hay situaciones que se derivan de la propia ejecución del contrato y del cumplimiento de su clausulado, por lo cual resulta conveniente detenerse en los efectos que respecto de la responsabilidad fiscal, y, para lo que interesa en este punto, de la causación de daño al patrimonio público, se derivan de cada posibilidad.

a) Así, cuando se origina el pago de un mayor valor por un evento atribuible a la administración, si bien hay lugar al reconocimiento a favor del contratista, ello no quiere decir que no haya habido afectación al erario, pues resulta claro que de no haber mediado la actuación imprevisiva o negligente de la administración, no se tendría que haber efectuado un mayor reconocimiento al contratista.

b) La segunda posibilidad consiste en que se efectúe el pago de un mayor valor al contratista, a pesar de haber sido este último quien ocasionara el evento que lo generó, situación en la cual se presenta una afectación de la integridad patrimonial de la entidad contratante, cuyo origen es el reconocimiento y pago de una suma que no tendría que haberse pagado al contratista. La diferencia con la primera posibilidad consiste en que mientras que en esta la responsabilidad habría que ubicarla únicamente en los gestores fiscales que hacían parte de la administración, en la alternativa planteada, ella habría de cobijar a los gestores fiscales de ambos extremos del contrato.

c) La tercera posibilidad es una combinación de las dos anteriores, caso en el cual, aunque no hay lugar a duda sobre la configuración del daño, la dificultad puede llegar a presentarse para efectos de establecer si hay lugar a una responsabilidad solidaria entre las dos partes o si se hace necesaria la individualización de sus responsabilidades en función de la incidencia que sus respectivas conductas antijurídicas hayan tenido en la causación del detrimento patrimonial.

d) La cuarta eventualidad se presenta cuando por fuerza mayor o caso fortuito hay lugar a reconocer al contratista un mayor valor. Es claro que aunque no haya una conducta antijurídica imputable a ambas partes del contrato, ello no quiere decir que el daño patrimonial no se haya presentado; lo que sucede en tal caso es que no hay lugar a derivar responsabilidad fiscal, en atención a que falta el elemento subjetivo de la misma.

e) La última circunstancia que puede dar lugar al reconocimiento y pago a favor del contratista de un mayor valor al pactado contractualmente, se deriva de lo acordado en el texto del contrato y de su propia ejecución. Aquí conviene recordar que el propio estatuto de contratación establece la obligación de pactar las fórmulas que permitan mantener el equilibrio financiero del contrato, de manera que cuando en razón de su propia ejecución, dentro de los plazos pactados, hay lugar a aplicar fórmulas de reajustes o índices de actualización, o la forma de pago las lleva implícitas (como cuando el precio se pacta en salarios mínimos y este valor de referencia se incrementa), que se traduzcan en el reconocimiento y pago al contratista de un valor superior, resulta claro que allí no se presenta un daño al patrimonio público porque la suma pagada equivale por razón del tiempo transcurrido a la suma pactada y por consiguiente no se presenta en rigor una afectación a la integridad del erario.

Similar situación acontece cuando en la ejecución del contrato se presenta la necesidad de atender a una mayor cantidad de obra realizada o de bienes suministrados o a una mayor extensión de los servicios prestados, para poder cumplir a cabalidad con el objeto contratado y sin que ello implique una modificación del acuerdo inicial, eventos en los cuales esas cantidades adicionales de obras, bienes o servicios, que efectivamente han sido realizadas, suministrados o prestados deben ser reconocidos y pagados, sin que ello implique que se haya presentado una disminución en el patrimonio público.

3.4. ACTIVIDADES PEDAGÓGICAS

Ap

Con base en los temas estudiados, sírvase responder las siguientes preguntas:

Precise las diferencias existentes entre gestión fiscal, control fiscal y responsabilidad fiscal.

Explique la Relación que media entre Control Fiscal y Democracia.

Analice y describa cómo la Gestión y la Vigilancia Fiscal sirven de herramientas para el cumplimiento de los fines esenciales del Estado que establece la Constitución de 1991

3.5. ANÁLISIS DE JURISPRUDENCIA

J

1) Examine las sentencias que se presentan a continuación; elabore un resumen que comprenda los cargos de la demanda, el concepto de violación expuesto por la parte actora, las consideraciones del Consejo de Estado decisión tomada.

Jurisprudencia 7208 - 2003
2003/3/27

Descriptor - Restrictor: PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL - Primacía de la ley y de las dictadas por el Contralor sobre normas departamentales; etapas del proceso: investigación y juicio fiscal
Ponente: OLGA INÉS NAVARRETE BARRERO
(7208 - 2003)

Jurisprudencia 7242-2001
2001/12/13

ACCION DE NULIDAD

Descriptor - Restrictor: CONTROL FISCAL: LEGALIDAD DE REGLAMENTACION DE ETAPA PREVIA A LA FORMULACION DE CARGOS POR NO ESTAR PREVISTAS EN LA LEY. FACULTAD REGLAMENTARIA RESIDUAL DE LAS CONTRALORIAS TERRITORIALES -

Ponente: OLGA INÉS NAVARRETE BARRERO
(7242-01)

Jurisprudencia 6696-2001
2001/11/1

APELACION SENTENCIA

Descriptor - Restrictor: PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL: COMPRENDE LAS FUNCIONES DE ORDENACION, CONTROL, DIRECCION Y COORDINACIÓN -

Ponente: MANUEL SANTIAGO URUETA AYOLA
(6696-01)

2001/9/13

APELACIÓN SENTENCIA

Descriptor - Restrictor: PROCESO DE RESPONSABILIDAD: ETAPAS, INVESTIGACION Y JUICIO FISCAL. APLICACIÓN DE

J

LA LEY EN EL TIEMPO. APLICACIÓN DE LA LEY PROCESAL EN EL TIEMPO

Ponente: OLGA INES NAVARRETE BARRERO
(6918-01)

Presente el resumen en el trabajo de grupo e impulse un debate que le permita expresar comentarios, críticas, conclusiones y recomendaciones jurídicas. Al Respecto, establezcan las diferencias y discrepancias que se presenten en las sentencias o citas jurisprudenciales, sobre aspectos concretos que sean relevantes.

3.6. AUTOEVALUACIÓN

Ae

Con base en el caso siguiente, responda las siguientes preguntas:

Un gestor fiscal que tiene bajo su orbita la custodia de un conjunto de computadores decide apropiarse de dos con la colaboración de otro funcionario de la entidad que no es gestor fiscal.

¿Cómo se deben adelantar el correspondiente proceso de responsabilidad fiscal?

¿Cómo se deben formular los cargos contra dichos servidores públicos?

3.7. BIBLIOGRAFÍA SELECCIONADA

Bs

AMAYA OLAYA, Uriel. *Teoría de la Responsabilidad Fiscal. Aspectos Sustanciales y Procesales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002.

LÓPEZ OBREGÓN, Clara. *Control Fiscal Territorial. Fundamentos de Reforma*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2006.

REPUBLICA DE COLOMBIA. Congreso de la República. *Ley 42 de 1993 disponible en www.secretariasenado.gov.co/leyes/L0042_93.HTM*

REPUBLICA DE COLOMBIA. Congreso de la República. *Ley 610 de 2000 disponible en www.secretariasenado.gov.co/leyes/L0610000.HTM*



REPUBLICA DE COLOMBIA. Congreso de la República. Ley 610 de 2000 disponible en www.secretariasenado.gov.co/leyes/L0610000.HTM

REPUBLICA DE COLOMBIA. Congreso de la República. Ley 617 de 2000 disponible en www.secretariasenado.gov.co/leyes/L0617000.HTM

REPUBLICA DE COLOMBIA. Congreso de la República. Ley 715 de 2001 disponible en www.secretariasenado.gov.co/leyes/L0715001.HTM

REPUBLICA DE COLOMBIA. Constitución Política disponible en www.presidencia.gov.co/constitu/

REPUBLICA DE COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-619/02 disponible en www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=8315

RESTREPO MEDINA, Manuel Alberto. Responsabilidad Fiscal en *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, Bogotá, Octubre de 2001, volumen 3, número 2, pp. 75-95.

SÁNCHEZ TORRES, Carlos Ariel et al. Responsabilidad Fiscal y Control del Gasto Público. Bogotá: Díké y Centro Editorial Universidad del Rosario, 2004.

YOUNES MORENO, Diego. Régimen del Control Fiscal y del Control Interno, 4ª ed. Bogotá: Legis, 2000.

Unidad⁴ | INGRESOS PÚBLICOS

Og

Presentar las diferentes clases de ingresos públicos dentro de la órbita presupuestaria.

Qe

- *Especificar los elementos que estructuran la obligación tributaria.*
- *Precisar las competencias relativas a la creación de los tributos nacionales y territoriales.*
- *Delimitar el alcance del concepto de fuentes exógenas y endógenas de financiación territorial.*
- *Definir los métodos de interpretación que permitan identificar cuando un tributo es una fuente de financiación endógena o exógena.*

INTRODUCCIÓN

Uno de los aspectos más importantes de la hacienda pública es el capítulo correspondiente a los ingresos públicos. Éstos representan el puente entre el derecho presupuestal y el derecho tributario y su adecuado manejo, por su naturaleza, requiere las más altas destrezas jurídicas.

La pretensión de exponer exhaustivamente el tema de los ingresos públicos implicaría una mirada retrospectiva hacia épocas remotas, en las cuales éstos jugaron un papel fundamental para la existencia de las organizaciones políticas y para el crecimiento de los imperios mismos. Así, aunque podríamos estudiar desde el punto de vista histórico, político, filosófico los ingresos, **aquí sólo nos interesa su examen desde el punto de vista jurídico.**

Los ingresos públicos constituyen una materia asociada a las funciones inherentes al Estado. Representan el poder de imperio y, naturalmente, permiten sufragar los gastos que éste requiere para cumplir a cabalidad con sus tareas. Por lo tanto, podemos **definir los ingresos públicos como el conjunto de recursos estatales con que cuenta el Estado para cumplir sus fines.**

En ese contexto, la noción de ingreso desde el punto de vista financiero público difiere de la que impera en la economía o contabilidad, y obviamente de la que acoge nuestro régimen del impuesto sobre la renta, de acuerdo con el cual la característica fundamental de los ingresos radica en que sean *“susceptibles de producir un incremento neto del patrimonio en el momento de su percepción”* E.T. Art. 26.

Por lo que toca con los recursos públicos, es necesario advertir que pueden ser percibidos y administrados por el Estado de manera directa o indirecta. En este sentido, en algunas ocasiones éste atribuye potestades a los particulares para el cumplimiento de funciones públicas, es decir, los habilita para recaudar los medios financieros, de naturaleza pública, con apoyo en los cuales las entidades desarrollan sus actividades. Al respecto conviene recordar como a partir de la Ley 75 de 1986 se le otorgaron facultades a la red bancaria para recibir las liquidaciones privadas del impuesto de rentas y complementarios y los pagos correspondientes, lo cual se empezó a realizar a partir del año 1988. A estos efectos, dentro de los plazos previstos por las normas rectoras, desde aquella época los bancos deben consignar a órdenes de la Tesorería General de la Nación los recaudos mensuales.

4.1. LA OBLIGACIÓN TRIBUTARIA DENTRO DE LOS INGRESOS CORRIENTES

Tal como se vio al finalizar la unidad segunda, los ingresos corrientes del presupuesto general de la Nación se desdoblan en tributarios y no tributarios. Los tributarios se clasifican en impuestos directos e impuestos indirectos. Por su parte, los ingresos no tributarios están compuestos por las tasas, las multas y las contribuciones. Como se verá a continuación, esta tipificación de los ingresos corrientes de la Nación presenta una inconsistencia doctrinaria en lo tocante a los ingresos no tributarios.

4.1.1. INGRESOS CORRIENTES

Son los que percibe ordinariamente la Nación con base en lo previsto en la ley, y que, a su vez le sirven de basamento a las entidades estatales para el desarrollo de sus actividades.

4.1.2. INGRESOS TRIBUTARIOS

Desde el punto de vista doctrinario la obligación tributaria se define así:

Es un vínculo jurídico entre el Estado y las personas, en virtud del cual éstas tienen para con aquél que cumplir una prestación que se discrimina en dar, hacer y no hacer. De este concepto surgen los siguientes elementos:

El Sujeto activo. Lo son: el Congreso de la Republica, en lo relativo a la creación de tributos del orden nacional. La *DIAN*, en lo tocante a la administración de tales tributos.

Sujeto pasivo. En el plano del impuesto de renta y complementarios, el sujeto pasivo está integrado por los contribuyentes y los no contribuyentes. Estos últimos lo son en tanto deben cumplir frente a la *DIAN* con las obligaciones formales de declarar en los casos de ley (Vgr. Declaración de retención en la fuente), certificar a las personas los valores retenidos y presentar los informes que la administración tributaria les exija.

Objeto. Se desagrega en dar, hacer y no hacer. Dar, significa pagar el tributo liquidado. Hacer, implica una conducta activa, tal como presentar la declaración de renta. No hacer, comporta una abstención, que se explica en no evadir y no eludir. La evasión consiste en que frente a un hecho económico ya producido,

el sujeto pasivo no lo declara, lo hace de manera incompleta, incluye costos, gastos, exenciones o descuentos no establecidos en la ley para el respectivo contribuyente, o simplemente declara y no paga. En la elusión el hecho económico que estaba llamado a existir, se evita por parte del sujeto pasivo, con la consecuente omisión de su declaración. La diferencia entre evasión y elusión reside en que mientras en la primera el hecho económico existe, en la segunda se suprime en su génesis el hecho económico que estaba llamado a existir.

Causa. En materia tributaria la causa es doble: remota e inmediata. La causa remota reside en la ley, esto es, no puede haber tributo sin ley previa que lo establezca. La causa inmediata está constituida por el hecho económico, también conocido como hecho generador o hecho imponible.

La obligación tributaria es una categoría económica que comprende varias especies, entre las cuales se encuentra el impuesto, la tasa y la contribución. El impuesto implica un pago respecto del cual el sujeto pasivo no tiene noción precisa acerca de la contraprestación que él pudiera recibir. Lo único que alcanza a presumir el contribuyente es que con el pago de su impuesto la administración pública atiende los gastos propios de su gestión. En la tasa el sujeto pasivo paga una cantidad que es proporcional al servicio recibido, así por ejemplo, en el caso de los peajes, donde el pago es directamente proporcional al tamaño del vehículo en que transita la persona, habida consideración del mayor o menor desgaste de la cinta asfáltica. La contribución es una figura que se ubica entre el impuesto y la tasa, la cual, en el caso de la valorización pone al sujeto pasivo en una condición de “cofinanciador” de las obras que causan el pago de tal tributo a cargo de los propietarios o poseedores de los bienes raíces del área de influencia. Sin perjuicio de la contribución de valorización por beneficio general.

Esta concepción doctrinaria del tributo no encuentra asiento suficiente en el Estatuto orgánico del presupuesto general de la Nación, en el cual, según se ha visto, las tasas y las contribuciones son clasificadas como ingresos no tributarios, inconsistencia ésta, que si bien no ameritaría una demanda de inconstitucionalidad, en definitiva pone de presente la voluntad que tuvo el legislador para tipificar tales exacciones como rentas no tributarias.

4.1.3. IMPUESTO DIRECTO

Es aquel que se establece y recauda teniendo en cuenta la capacidad económica del sujeto pasivo de la obligación tributaria, cuyo caso clásico es el del impuesto de renta en cabeza de las personas naturales, que como bien se aprecia, entraña el principio de progresividad.

4.1.4. IMPUESTO INDIRECTO

Es aquel que se establece y recauda sin atender a la capacidad económica del sujeto pasivo de la obligación tributaria; así por ejemplo, el impuesto de Valor agregado – IVA - se cobra a las personas sin consideración alguna respecto de su capacidad adquisitiva.

4.2. CREACIÓN DEL TRIBUTO NACIONAL

En tiempo de paz, solamente el Congreso de la República puede crear tributos de estirpe nacional, según términos del artículo 338 de la Carta Política, en consonancia con el artículo 150 ibidem. La cláusula general de competencia que tiene a su favor el Congreso debe respetar y acatar los valores, principios, derechos y deberes que registra la Carta Política. En esta perspectiva la Constitución señala unos límites y prohibiciones al Legislador cuando crea o modifica tributos nacionales. A título de ejemplo, cabe registrar el artículo 294 superior, conforme al cual la ley no podrá conceder exenciones ni tratamientos preferenciales en relación con los tributos de propiedad de las entidades territoriales. En el mismo sentido, el artículo 317 constitucional dispone que sólo los municipios podrán gravar la propiedad inmueble⁹⁰, sin perjuicio de la contribución de valorización.

4.3. CREACIÓN DEL TRIBUTO TERRITORIAL

La autonomía fiscal que ampara a las entidades territoriales no les permite crear tributos de su jurisdicción prescindiendo de la ley. Vale decir, para crear un tributo territorial, la asamblea o el concejo deben disponer de una ley previa que así lo autorice. En otras palabras, la creación del tributo territorial comporta tres pasos, la constitución, la ley y el acto territorial, que puede ser una ordenanza o un acuerdo.

⁹⁰ A partir de la Ley 75 de 1986 se crearon los ajustes integrales por inflación, que en la práctica propiciaron el desmonte del impuesto de patrimonio sobre bienes raíces para las personas naturales, evento que encontró cabal correspondencia en el artículo 317 de la Carta Política.

4.4. FUENTES ENDÓGENAS Y EXÓGENAS DE LA FINANCIACIÓN TERRITORIAL

4.4.1. CONCEPTUALIZACIÓN

La Constitución de 1991 organiza el Estado colombiano como un Estado Central y Unitario, pero a su vez desarrolla un proceso de descentralización territorial, el cual tuvo sus inicios en los años 80. Esta nueva Constitución busca, apoyándose en el proceso de descentralización, **satisfacer las necesidades básicas de cada sector**, uno de los derechos que integran el contenido esencial de la garantía institucional de la autonomía territorial; corresponde a la facultad de las entidades territoriales para administrar sus propios recursos; sin este poder carecería de sentido el derecho a gobernarse por autoridades propias, pues es evidente que los actos de gobierno implican, en la mayoría de los casos, decisiones sobre gasto público y si estas les están prohibidas aquellos se verían reducidos a un catálogo mínimo que afectaría el núcleo esencial de la autonomía territorial. La cuestión reside entonces en identificar cuáles son aquellos recursos que al ser calificados como recursos propios de las entidades territoriales resultan resistentes a las injerencias del poder central.

Al respecto la Corte Constitucional ha manifestado en reiteradas ocasiones lo inicialmente plasmado en la Sentencia C-219 de 1997:

“Las entidades territoriales cuentan, además de la facultad de endeudamiento - recursos de crédito -, con dos mecanismos de financiación. En primer lugar disponen del derecho constitucional a participar de las rentas nacionales. Dentro de este capítulo, se ubican las transferencias de recursos a los departamentos y municipios, las rentas cedidas, los derechos de participación en las regalías y compensaciones, los recursos transferidos a título de cofinanciación y, en suma, de los restantes mecanismos que, para estos efectos, diseñe el legislador. Se trata, en este caso, de fuentes exógenas de financiación que, como será estudiado, admiten un mayor grado de injerencia por parte del nivel central de gobierno. Adicionalmente, las entidades territoriales disponen de aquellos recursos que, en estricto sentido, pueden denominarse recursos propios. Se trata fundamentalmente, de los rendimientos que provienen de la explotación de los bienes que son de su propiedad exclusiva o las rentas tributarias que se obtienen en virtud de fuentes tributarias - impuestos, tasas y contribuciones - propias. En estos eventos, se habla de fuentes endógenas de financiación, que resultan mucho más resistentes frente a la intervención del legislador.”

Es así entonces, que dos son las fuentes de Financiación de la Entidades Territoriales, por un lado las denominadas fuentes Endógenas y por el otro las fuentes Exógenas que trajeron consigo el interrogante de que tributos podían definirse como uno u otro, y para resolver la cuestión de identificar que tributos constituyen un ingreso exógeno o endógeno la Corte Constitucional manifestó que es necesario recurrir a la interpretación formal, es decir, acudir directamente a las leyes, pues es el legislador quien tiene la potestad de hacer esta diferenciación; sin embargo, como sucede en todo ordenamiento jurídico, las leyes no son suficientes para abarcar toda la temática o para solucionar todos los inconvenientes que pudiesen surgir; consiente de esto la Corte Constitucional en la Sentencia ya citada expresó que en estos casos se debe acudir al criterio orgánico y al criterio material.

4.4.2. CRITERIOS PARA DIFERENCIAR LAS FUENTES ENDÓGENAS Y LAS EXÓGENAS

Son dos: el criterio orgánico y el material

1) El criterio orgánico

Según la Corte Constitucional es de suma utilidad pues basta con identificar si, para el perfeccionamiento de dicho régimen tributario, es suficiente la intervención del legislador o si por el contrario es necesaria la intervención de las corporaciones locales, llámese Asambleas o Concejos, que son las habilitadas por el artículo 338 de la Constitución Política para adoptar decisiones tributarias, la Corte expreso:

“En la medida en que una entidad territorial participa en la definición de un tributo, a través de una decisión política que incorpora un factor necesario para perfeccionar el respectivo régimen y que, en consecuencia, habilita a la administración para proceder al cobro, no puede dejar de sostenerse que la fuente tributaria creada le pertenece y, por lo tanto, que los recursos captados son recursos propios de la respectiva entidad.”⁹¹

Sin embargo, agrega la misma Corte Constitucional: “Efectivamente, no resulta posible afirmar que en todos los eventos en los cuales el legislador defina integralmente los elementos del tributo, este constituirá una fuente exógena de financiación de las entidades territoriales.”⁹²

⁹¹ Sentencia C-219 de 1997. M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Corte Constitucional

⁹² *Ibidem*.

2) El criterio material

Respecto del *criterio material* podemos afirmar que aquellos casos donde el legislador ha establecido de manera integral el régimen de un tributo el cual es fuente directa de recursos propios de las entidades territoriales, es así como el criterio material permite afirmar que cuando un tributo es integrado plenamente en el presupuesto de una entidad territorial le pertenece a esta y por lo tanto es fuente endógena de dicho presupuesto. Al respecto la Corte Constitucional en la misma sentencia referenciada expresó:

...“En efecto, el criterio material, permite afirmar que, en principio, una fuente tributaria constituye una fuente endógena de financiación cuando el producto recaudado dentro de la jurisdicción de la respectiva entidad entra integralmente al presupuesto de la misma - y no al presupuesto general de la Nación...”.

...“ Respecto a la virtual contradicción entre una definición formal y el contenido material del régimen legal de un tributo, no sobra indicar que, en atención a lo dispuesto en el artículo 228 de la Carta - predominio del derecho sustancial - si éste se cobra, previa autorización legal, en virtud de una decisión política de la asamblea departamental o del concejo municipal - criterio orgánico - en la jurisdicción propia del órgano de representación de que se trate y, además, el recaudo, dentro de esa jurisdicción, entra integralmente al presupuesto de la respectiva entidad, sin que existan elementos sustantivos que permitan afirmar que se trata de una renta nacional, deberá concluirse que se está frente a una fuente endógena de financiación, así la propia ley diga lo contrario.”⁹³

4.4.3. DIFERENCIAS ENTRE FUENTES ENDÓGENAS Y EXÓGENAS

Una vez identificados cuales regímenes tributarios corresponden a fuentes endógenas o exógenas de los entes territoriales, es importante dejar en claro cuales son sus diferencias, para lo cual acudimos a la jurisprudencia de la Corte Constitucional en Sentencia C-897 de 1999 con Ponencia del Magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz en la cual expresa:

“16. Las fuentes exógenas de financiación proveen a las entidades territoriales de recursos que, en principio, no les pertenecen. En consecuencia, la propia Constitución autoriza al poder central para fijar su destinación, siempre que tal destinación se adecue a las prioridades definidas en Carta, las que se refieren, fundamentalmente, a la satisfacción de las necesidades básicas de los pobladores de cada jurisdicción. En este sentido, la

⁹³ *Ibidem*

propia Constitución ha señalado las áreas a las que debe estar destinado el situado fiscal (C.P. Art. 356)⁹⁴, mientras que confiere al Legislador la facultad de determinar la destinación de las llamadas transferencias, siempre que lo haga dentro del marco fijado por los artículos 288 y 357 C.P.⁹⁵. Adicionalmente, la ley está autorizada para definir, dentro de los parámetros establecidos en los artículos 360 y 361 de la Constitución, las finalidades a las que deben ser aplicadas las regalías⁹⁶. Finalmente, la jurisprudencia ha encontrado que las rentas nacionales cedidas a las entidades territoriales pueden ser objeto de una específica destinación por parte del legislador, siempre y cuando el fin al cual se destinen revista un interés que razonablemente puede predicarse de las entidades territoriales beneficiadas⁹⁷.

17. Sin embargo, no ocurre lo mismo **en tratándose de las fuentes endógenas de financiación de las entidades territoriales**. En efecto, los recursos obtenidos en virtud de tales fuentes son, en estricto sentido, recursos propios y, por lo tanto, resultan, en principio, inmunes a la intervención legislativa. En criterio de la Corte, “la autonomía financiera de las entidades territoriales respecto de sus propios recursos, es condición necesaria para el ejercicio de su propia autonomía. Si aquella desaparece, ésta se encuentra condenada a permanecer sólo nominalmente. En estas condiciones, considera la Corte Constitucional que para que no se produzca el vaciamiento de competencias fiscales de las entidades territoriales, al menos, los recursos que provienen de fuentes endógenas de financiación - o recursos propios - deben someterse, en principio, a la plena disposición de las autoridades locales o departamentales correspondientes, sin injerencias indebidas del legislador.”

Para concluir entonces podemos afirmar, refiriéndonos a lo expresado por la Corte Constitucional, que fuentes exógenas son aquellos recursos del Situado fiscal⁹⁸ que el estado transfiere a los entes territoriales y que no les son propios pero que hacen parte de sus ingresos, de igual manera incluimos dentro de esta clase de fuentes la participación (en los porcentajes señalados por la constitución

94 Sentencia C-219/97 (MP Eduardo Cifuentes Muñoz).

95 “A este respecto, la Corte señaló que la destinación legal de las transferencias, en los términos indicados, responde a la necesidad de asegurar los objetivos sociales consagrados en la propia Constitución. Por estas razones, la jurisprudencia ha determinado que los recursos municipales provenientes de la transferencia contemplada en el artículo 357 de la Constitución Política, sólo pueden ser destinados a inversión social y que el legislador está habilitado para determinar los porcentajes mínimos de inversión en cada área”. SC 219/97 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz). Véanse al respecto, las sentencias C-151/95 (MP. Fabio Morón Díaz); C-520/94 (MP. Hernando Herrera Vergara).

96 Según la Corte, el tratamiento que debe otorgarse a la destinación de los recursos provenientes de las regalías es similar al que la Ley 60 de 1993 otorga al situado fiscal y a las transferencias, en la medida en que las regalías se inscriben dentro de la política general de gasto público social y de planeación económica (C.P., artículo 339). Véanse al respecto las Sentencias C-567/95 (MP. Fabio Morón Díaz); C-075/93 (MP Alejandro Martínez Caballero); C-098/93 (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz).

97 Sentencia C-036/96 (MP José Gregorio Hernández Galindo).

98 Hoy se ubica materialmente el situado fiscal (salud y educación) dentro del Sistema General de Participaciones

y la ley) de las entidades territoriales en las regalías que el Estado recibe por la explotación de recursos naturales no renovables en el territorio nacional, lo cual nos lleva a resaltar que esta clase de ingresos son aquellos que no le son propios al ente territorial y por tanto tienen poca incidencia en el mismo, limitándose únicamente a recibirlos e invertirlos conforme a lo establecido en la constitución y en la ley lo que lo aleja del principio de autonomía de las entidades territoriales.

Y que **fuentes endógenas** son aquellos ingresos propios de las entidades territoriales, que con arreglo a la constitución y la ley, las asambleas o concejos pueden imponer en la jurisdicción territorial a la que pertenecen haciendo uso del principio de autonomía territorial que los cubre dándoles la posibilidad de “crear” impuestos, tasas y derechos exclusivos que les permitan de una o otra manera cumplir con los fines esenciales del estado, respetando siempre los principios de orden tributario y estando en consonancia con las políticas implantadas por el gobierno central.

4.5. ANÁLISIS DE JURISPRUDENCIA

J

Examine las sentencias C-219 de 1997 y C-897 de 1999, elabore un resumen que comprenda los cargos de la demanda, el concepto de violación expuesto por la parte actora, las consideraciones de la Corte y la decisión tomada.

Examine las sentencias C-220 de 1996, T-1131 de 2003, C-121 de 2006 y C-018 de 2007 de la Corte Constitucional, y CE-SEC4-EXP1999-N9306 del Consejo de Estado Sección 4ta Radicado 9306 del 13 de Agosto de 1999 M.P. Delio Gómez Leiva, elabore un resumen que comprenda los cargos de la demanda, el concepto de violación expuesto por la parte actora, las consideraciones de la Corte y la decisión tomada.

Presenten el resumen en el trabajo de grupo e impulsen un debate que les permita expresar comentarios, críticas, conclusiones y recomendaciones jurídicas. Al Respecto, establezcan las diferencias y discrepancias que se presenten en las sentencias o citas jurisprudenciales, sobre aspectos concretos que sean relevantes.

4.6. ACTIVIDADES PEDAGÓGICAS

Ap

Con base en los temas estudiados, sírvase responder las siguientes preguntas:

A la luz del artículo 363 de la Constitución examine el impuesto a la renta y el IVA, para verificar en que medida estos consultan los principios de equidad, eficiencia y progresividad.

Defina que son fuentes endógenas y exógenas de financiamiento de los entes territoriales.

Explique en qué consisten los métodos de interpretación orgánico y material en relación con las fuentes de financiación de las entidades territoriales.

4.7. AUTOEVALUACIÓN

Ae

1) Con base en las Sentencias C-219 de 1997 y C-897 de 1999, y en los métodos de interpretación orgánico y material, analice si en el siguiente caso el tributo es una fuente endógena o exógena.

El Congreso de la Republica, por medio de una ley, crea el régimen tributario al transporte intermunicipal estableciendo una Tasa que denominó “Tasa de Movilidad Interdepartamental”. Por su parte la Asamblea Departamentamental de Boyacá en virtud de esa ley, establece que las personas que viajen desde los terminales de transporte del departamento deberán pagar un 10% sobre el valor del pasaje.

2) Analice este otro caso:

Sobre los productos importados a nuestro país, recae en materia impositiva, lo que se conoce como tributos Aduaneros (aranceles) así como también, el impuesto sobre las ventas.

1.) Argumentos del demandante:

Los actos acusados incurrieron en violación del artículo 20 del Código Nacional de Tránsito Terrestre (Dto.1344 de 1970) tal como vino a quedar al ser modificado por el art. 10 del Decreto 1809 de 1990, en cuanto en la definición de “campero” que allí se consagra encajan perfectamente



los vehículos importados, con las consabidas consecuencias en materia impositiva que tiene una u otra calificación.

Por lo tanto, se incurre en falsa motivación al desconocer que los vehículos importados quedan clasificados como “camperos” en el Arancel de Aduanas vigente; y por esta razón la tarifa de IV A aplicable para esta clase de vehículos era del 20%, y no del 45%, como en efecto estableció la Administración de Impuestos nacionales.

En adición a la demanda, se aclara que el funcionario designado para la inspección aceptó y admitió que el vehículo importado se encontraba correctamente declarado respecto de la sub partida arancelaria y, no obstante, sostuvo que el vehículo no cumplía con las condiciones de “campero” en lo referente “al chasis que debe soportar el motor según nota de pie de página, capítulo 87 del Decreto 2317 de 1995,” pretendiendo así continuar aplicando el texto y nota de la subpartida del antiguo arancel que perdió vigencia partir del 10 de enero de 1996, y desconociendo que en el citado Decreto no existe dicha nota de pie de página, tal como se evidencia al consultar el Diario Oficial No.42172 de diciembre 16 de 1995, en el cual se publicó el decreto.

2.) Argumentos de la entidad demandada:

En primer lugar, advierte que las definiciones dadas por el Código Nacional de Tránsito Terrestre solamente tienen aplicación para esa materia, tal como lo señala el artículo 28 del Código Civil, por lo que la definición de “campero” contenida en el citado Código no puede aplicarse en materia aduanera aunque en la actualidad no exista una definición al respecto, y además alega que las subpartidas para las cuales se establecía el porcentaje del 2000 no tienen vigencia.

Por último, insistió en que las características de los vehículos importados no corresponden a las señaladas en el texto de la subpartida 87.03.23.00.19 a la que según el artículo 471 del Estatuto Tributario correspondía la tarifa del IV A del 200/0, sino a la partida 87.03.23.00.00 del Arancel de Aduanas vigente al momento de la importación, por lo que era aplicable la del 45%.



3.) Argumentos que sustentan el fallo del Consejo de Estado:

El punto a discutir en dichos procesos se refiere a la legalidad de la liquidación de corrección con cuenta adicional, practicada por la Administración de Aduanas, porque considera esta que la tarifa del IVA aplicable a los vehículos importados no corresponde a la tarifa del vehículo denominado “campero”, que es del 20% tal como está previsto en el numeral 1 literal. f) del artículo 471 del Estatuto Tributario, en su versión modificada por el artículo 16 de la Ley 223 de 1995, sino que es del 45%, teniendo en cuenta que las características del vehículo importado por la sociedad permiten clasificarlo como “automóvil” y no como “campero”, de acuerdo con la definición que de esta clase de vehículos contenía el anterior Arancel de Aduanas (Decreto 412/94 Art. 2).

Es curioso en este caso, que la Administración reconozca en los actos demandados, que con la expedición del nuevo Arancel de Aduanas (Decreto 2317 de 1995) desapareció de la actual nomenclatura arancelaria la definición del término “campero”, tal como estaba concebida en el Decreto 3104 de 1990 (anterior Arancel de Aduanas) modificado por el Decreto 412 de 1994. Sin embargo, sostiene que se mantienen vigentes las características que definen este tipo de vehículos, descritas en el artículo 2° de este último Decreto.

Obviamente, es erróneo el razonamiento de la administración, toda vez que sería contradictorio que tal derogatoria no incluyera las modificaciones incorporadas por el Decreto 412 de 1994. Se estaría entonces desconociendo las reglas de hermenéutica Jurídica.

Asiste entonces razón a los demandantes, cuando sostienen que las características del vehículo “campero importado”, no pueden atender a lo estatuido en el Arancel de Aduanas ya derogado para la fecha en que se produce la importación, sino a las descritas en el texto legal de la subpartida arancelaria del nuevo Arancel de Aduanas (Decreto 2317 de 1995) vigente a partir del 1° de enero de 1996; y que por la misma razón la tarifa del IV A aplicable es la del 20% señalada en el numeral 1 literal f) del artículo 471 del Estatuto Tributario.

El Consejo de Estado se pronuncia al respecto sosteniendo entonces que, el razonamiento propuesto por la Administración no sólo resulta contradictorio, sino que desconoce los efectos de la derogatoria expresa,

Ae

ya que al disponer el artículo 7° del Decreto 2317 de 1995 (nuevo Arancel de Aduanas) de manera expresa la derogatoria del anterior Arancel de Aduanas (Decreto 3104/90), también incluía tal derogatoria las modificaciones incorporadas por el Decreto 412 de 1994, así como las notas y textos legales que de él hacían parte. En consecuencia, no puede aceptarse de una parte la derogatoria expresa, y por otra pretenderse que algunas de las características descritas en las notas del Arancel derogado, que según la Administración permitían definir los vehículos denominados “camperos”, mantengan su vigencia.

4.8. BIBLIOGRAFÍA SELECCIONADA

Bs

AMATUCCI, Andrea. *Tratado de Derecho Tributario*. Tomo Primero: El derecho tributario y sus fuentes. Capítulo 1. Introducción al estudio del Derecho Tributario. Págs. 3 -40. Tomo Segundo: La Relación Jurídico – Tributaria El procedimiento de aplicación de la norma tributaria. Capítulo 22. El concepto de tributo. Págs. 3 – 14. TEMIS. Bogotá, 2001.

AMÉZQUITA Zarate, Pascual. *Manual de Administración y Hacienda Pública*. Universidad Sergio Arboleda.2004

BRAVO Arteaga, Juan Rafael. *Nociones Fundamentales de Derecho Tributario*. Capítulo 1. El ámbito del Derecho Tributario. Págs. 12 – 38. Capítulo 3. Los principios fundamentales e Irretroactividad, equidad y eficiencia. Págs. 79 – 110.

CALDERÓN Rivera, Camilo. *Planeación Estatal y Presupuesto Público Niveles Nacional Departamental y Municipal*. Legis.1998

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C – 040/93. *Ciro Angarita Barón*.

ORTEGA Cárdenas, Alfonso. *Hacienda Pública*. Ecoe Ediciones. 3ra Edición. 2006

PLAZAS Vega, Mauricio A. *Derecho de la Hacienda Pública y Derecho Tributario*. Capítulo I. Clasificación de los recursos del Estado. Pág.1 y Ss.

RESTREPO, Juan Camilo. *Hacienda Pública*. Universidad Externado de Colombia. 6ta Edición.2003

Unidad 5 | GASTO PÚBLICO

Qg

| *Comprender y describir los conceptos más importantes sobre la legalidad del gasto público.*

Qe

- *Definir el alcance del principio de legalidad del gasto.*
- *Identificar las competencias constitucionales del Congreso y del Gobierno en materia de gasto público.*

INTRODUCCIÓN

En el nivel constitucional puede identificarse la referencia al concepto de gasto público. Así por ejemplo, el artículo 350 establece que *“La ley de apropiaciones deberá tener un componente denominado gasto público social que agrupará las partidas de tal naturaleza, según definición hecha por la ley orgánica respectiva”*. Y agrega: *“Excepto en los casos de guerra exterior o por razones de seguridad nacional, el gasto público social tendrá prioridad sobre cualquier otra asignación”*.

En interpretación de la Corte Constitucional, la norma transcrita atribuye a la ley orgánica de presupuesto la misión de definir el gasto público social. Por ello, considera la Corte, la ley 179 de 1994, en su artículo 17, inciso primero, lo define así: *“Se entiende por gasto público social aquel cuyo objetivo es la solución de las necesidades básicas insatisfechas de salud, educación, saneamiento ambiental, agua potable, vivienda, y las tendientes al bienestar general y al mejoramiento de la calidad de vida de la población, programados tanto en funcionamiento como en inversión”*. Y según el inciso segundo del mismo artículo 17, *“El Presupuesto de Inversión Social no se podrá disminuir porcentualmente en relación con el del año anterior respecto con (sic) el gasto total de la correspondiente ley de apropiaciones”*.⁹⁹

Definido el gasto público social, según lo ordena la Constitución, como aquel destinado a solucionar necesidades insatisfechas de salud, educación, saneamiento ambiental, agua potable, vivienda, etc., es apenas lógico que las partidas correspondientes figuren en los capítulos respectivos. No hay que olvidar que según el artículo 16 de la ley 179, *“El Presupuesto de Gastos se compondrá de los gastos de funcionamiento, del servicio de la deuda pública y de los gastos de inversión”*

5.1. MARCO JURIDICO DEL GASTO PÚBLICO

El gasto público permite materializar la acción del Estado. En la ley de presupuesto (decreto 111 de 1996), el gasto público hace parte de la ley mediante la cual se fija el estimativo de ingresos y se autorizan los gastos. Es precisamente en la parte del presupuesto de gastos donde se incluyen todas las apropiaciones o autorizaciones de gasto de la rama judicial, la rama legislativa, la Fiscalía General de la Nación, la Procuraduría General de la Nación, la Defensoría del Pueblo, la Contraloría General de la República, la Registraduría Nacional del Estado Civil

⁹⁹ Sentencia No. C-541/95:

que incluye el Consejo Nacional Electoral, los ministerios, los departamentos administrativos, los establecimientos públicos y la Policía Nacional.¹⁰⁰

A nivel legal, el presupuesto de gastos de la ley anual de presupuesto es un conjunto de autorizaciones en el sentido que la orientación de la norma es a autorizar los gastos, mas no crearlos en ella misma, distinción fundamental para comprender la naturaleza jurídica del presupuesto que será explicada en detalle más adelante. Así, por ejemplo, el Estatuto Orgánico de Presupuesto establece que al considerar que los gastos autorizados por leyes preexistentes a la presentación del Proyecto Anual del Presupuesto General de la Nación, serán incorporados a éste, de acuerdo con la disponibilidad de recursos y las prioridades del Gobierno.¹⁰¹

Tradicionalmente la ley de presupuesto ha adoptado una clasificación, según la cual, el presupuesto de gastos distingue entre gastos de funcionamiento, servicio de la deuda pública y gastos de inversión.¹⁰²

5.2. ALCANCE JURISPRUDENCIAL DEL CONCEPTO DE GASTO PÚBLICO

En materia de análisis jurisprudencial han sido abundantes los fallos de la Corte Constitucional que han profundizado en los casos mediante los cuales se ha realizado una interpretación errada del ordenamiento jurídico presupuestal. Por lo tanto, el abundante universo de problemas abordados en relación con el gasto público, deben ser abordados a partir de problemas específicos que permitan comprender de manera más específica su problemática. Para ello han sido delimitados previamente en este módulo los siguientes temas:

5.2.1. COMPETENCIAS CONSTITUCIONALES DEL CONGRESO Y DEL GOBIERNO EN MATERIA DE GASTO PÚBLICO¹⁰³

Ha sido reiterativa la Corte Constitucional en relación con las competencias constitucionales del Congreso y del Gobierno en materia de gasto público. Por ejemplo, ha delimitado la Corte que *“corresponde al Congreso, en su condición de*

100 Decreto 111 de 1996: ARTÍCULO 11. El Presupuesto General de la Nación se compone de las siguientes partes: (...)b) El Presupuesto de Gastos o Ley de Apropiações.

101 ARTICULO 39. del Estatuto Orgánico de Presupuesto.

102 ARTICULO 36. El Presupuesto de Gastos se compondrá de los gastos de funcionamiento, del servicio de la deuda pública y de los gastos de inversión.

103 Sentencia C-1250/01

órgano de representación popular, decretar, por medio de la ley, los gastos que considere convenientes para el cumplimiento de los cometidos estatales.” Sin embargo, también ha considerado la jurisprudencia que el artículo 154 de la Constitución reserva para el Ejecutivo la iniciativa en materia presupuestaria. En este sentido ha considerado la Corte Constitucional que “las leyes que decretan gasto son una simple autorización, en virtud de la cual, tales gastos podrán ser incorporados en una ley de presupuesto, si así lo propone luego el Gobierno.”¹⁰⁴

En el mismo sentido, en otra jurisprudencia, ha dispuesto lo siguiente:

¡(..) al decir del artículo 346 Superior, corresponde al Gobierno formular el presupuesto de rentas y ley apropiaciones, en el cual sólo se podrán incorporar partidas que correspondan a créditos judicialmente reconocidos, a gastos decretados conforme a las leyes anteriores, a gastos propuestos por el Gobierno para atender debidamente el funcionamiento de las ramas del poder público y el servicio de la deuda, y los destinados a dar cumplimiento al Plan Nacional de Desarrollo.

Con arreglo a estas competencias, el artículo 39 del Estatuto Orgánico del Presupuesto –Decreto 111 de 1996–, preceptúa que “Los gastos autorizados por leyes preexistentes a la presentación del proyecto anual del presupuesto general de la Nación, serán incorporados a éste, de acuerdo con la disponibilidad de recursos, y las prioridades del Gobierno, si corresponden a funciones de órganos del nivel nacional y guardan concordancia con el Plan Nacional de Inversiones, e igualmente, las apropiaciones a las cuales se refiere el parágrafo único del artículo 21 de la Ley 60 de 1993”.

5.2.2. EL GASTO PÚBLICO SOCIAL

A partir de la definición del Estatuto Orgánico de Presupuesto (Decreto 111 de 1996), se entiende por *gasto público social* aquel cuyo objetivo es la solución de las necesidades básicas insatisfechas de salud, educación, saneamiento ambiental, agua potable, vivienda, y el tendiente al bienestar general y al mejoramiento de la calidad de vida de la población, programado tanto en funcionamiento

¹⁰⁴ El artículo 154 de la Constitución señala: “Las leyes pueden tener origen en cualquiera de las Cámaras a propuesta de sus respectivos miembros, del Gobierno Nacional, de las entidades señaladas en el artículo 156, o por iniciativa popular en los casos previstos en la Constitución. No obstante, sólo podrán ser dictadas o reformadas por iniciativa del Gobierno las leyes a que se refieren los numerales 3, 7, 9, 11 y 22 y los literales a, b y e, del numeral 19 del artículo 150; las que ordenen participaciones en las rentas nacionales o transferencias de las mismas; las que autoricen aportes o suscripciones del Estado a empresas industriales o comerciales y las que decreten exenciones de impuestos, contribuciones o tasas nacionales.”

como en inversión. El Presupuesto de Inversión Social no se podrá disminuir porcentualmente en relación con el del año anterior respecto del gasto total de la correspondiente ley de apropiaciones.¹⁰⁵

5.3. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD DEL GASTO INICIATIVA PARA DECRETO Y APROPIACIÓN DEL GASTO PÚBLICO¹⁰⁶

La principal justificación para incluir el estudio del principio de legalidad del gasto público desde la jurisprudencia, es debido a que no es completamente comprensible el alcance que sobre la materia tienen tanto los Cuerpos Colegiados de aprobación como la competencia del gobierno. Así, el análisis del principio de legalidad del gasto público nos permitirá diferenciar cuándo del texto de la ley se deduce que el Congreso no imparte una orden perentoria, sólo decreta el gasto y da una autorización al Gobierno para que cumpla lo estipulado en la ley, pues para decretar gastos, el Congreso no requiere de iniciativa gubernamental.

Sobre el principio de legalidad del gasto la jurisprudencia ha reiterado lo siguiente:

“ (...) la Corte ha tenido la oportunidad de pronunciarse en varias ocasiones para determinar que opera en dos momentos: el decreto hecho por la ley, y su apropiación por la ley de presupuesto.¹⁰⁷ Así, como ya se dijo anteriormente, el Congreso puede decretar gastos públicos, teniendo en cuenta que esa facultad es concurrente con otras que competen al ejecutivo y pueden limitar al legislativo.¹⁰⁸

Por consiguiente, debe la Corte verificar si el contenido del proyecto se limita a autorizar al gobierno para efectuar la inclusión posterior de un gasto en el presupuesto nacional -ámbito de competencia del legislador-, o si, por el contrario, le imparte una orden. Sobre este tema la Corte ha establecido que debe analizarse el objetivo perseguido por las expresiones usadas por el legislador. Así, “si su objetivo se contrae a decretar un gasto, resulta claro que la norma contiene una habilitación para que el gobierno lo pueda incluir en la ley de presupuesto. Sin embargo, si se trata de ordenar la inclusión de la partida respectiva en el presupuesto de gastos, la norma establecería un

¹⁰⁵ ARTICULO 41.

¹⁰⁶ Sentencia C-1339/01

¹⁰⁷ Ver sentencia C-685/96

¹⁰⁸ Ver sentencia C-197/01

mandato u obligación en cabeza del gobierno, que a la luz de la Constitución Política sería inaceptable.”¹⁰⁹

En otra jurisprudencia la Corte Constitucional consideró:

El principio de legalidad del gasto constituye un importante fundamento de las democracias constitucionales. Según tal principio, es el Congreso y no el Gobierno quien debe autorizar cómo se deben invertir los dineros del erario público, lo cual explica la llamada fuerza jurídica restrictiva del presupuesto en materia de gastos, según el cual, las apropiaciones efectuadas por el Congreso por medio de esta ley son autorizaciones legislativas limitativas de la posibilidad de gasto gubernamental. Con base en tales principios, esta Corporación ha concluido que no puede ordinariamente el Gobierno modificar el presupuesto, pues tal atribución corresponde al Congreso, como legislador ordinario, o al Ejecutivo, cuando actúa como legislador extraordinario durante los estados de excepción, por lo cual son inconstitucionales los créditos adicionales o los traslados presupuestales administrativos. Es cierto pues, que no puede la ley orgánica atribuir al Gobierno la facultad de modificar el presupuesto.¹¹⁰

La Constitución distingue entonces diversos momentos en relación con los gastos públicos. De un lado, el Gobierno incluye dentro del proyecto de presupuesto las partidas que considera que deben ser ejecutadas dentro del período fiscal respectivo. Luego corresponde al Congreso aprobar o no las partidas, esto es, autorizar o no los gastos propuestos por el Gobierno, momento en el cual la Carta le confiere la posibilidad de eliminar o reducir las partidas que no considere convenientes, salvo aquellas que se necesitan para el servicio de la deuda pública, las demás obligaciones contractuales del Estado, la atención completa de los servicios ordinarios de la administración y las inversiones autorizadas en el Plan de Desarrollo. Finalmente, durante la ejecución del presupuesto, corresponde al Gobierno y a las otras autoridades ordenadores del gasto, ejecutar, esto es, comprometer efectivamente las correspondientes partidas hasta los montos máximos aprobados por el Congreso.¹¹¹

En la Sentencia C-197/01 la Corte Constitucional consideró:

Sobre el principio de legalidad del gasto, la jurisprudencia constitucional ha tenido la oportunidad de sentar los siguientes conceptos:

¹⁰⁹ *Ídem*.

¹¹⁰ Sentencia C-192/97

¹¹¹ Sentencia C-192/97

“El principio de legalidad del gasto constituye uno de los fundamentos más importantes de las democracias constitucionales. Según tal principio, corresponde al Congreso, como órgano de representación plural, decretar y autorizar los gastos del Estado, pues ello se considera un mecanismo necesario de control al Ejecutivo y una expresión inevitable del principio democrático y de la forma republicana de gobierno (CP art. 1º). En el constitucionalismo colombiano, la legalidad del gasto opera en dos momentos diferenciados, pues en general las erogaciones no sólo deben ser previamente decretadas por la ley (CP art. 346) sino que, además, deben ser apropiadas por la ley de presupuesto (CP art 345) para poder ser efectivamente realizadas.”¹¹²

Es claro entonces, que en virtud del principio de legalidad del gasto, el Congreso tiene facultades para decretar gastos públicos, y para aprobarlos en el Presupuesto General de la Nación. Sin embargo, esta facultad es concurrente con otras que en materia presupuestal competen a la rama ejecutiva según la Constitución, y que en cierta forma limitan las respectivas competencias del Congreso en la materia.

En efecto, conforme al artículo 154 superior, las leyes pueden tener origen, entre otros, en cualquiera de las Cámaras a propuesta de sus miembros. No obstante, solo pueden ser dictadas o reformadas por iniciativa del Gobierno, entre otras, las leyes *“que ordenen participaciones en las rentas nacionales o transferencias de las mismas”*. Así mismo, en concordancia con la disposición citada, el artículo 346 de la Carta, antes mencionado, indica que *“el Gobierno formulará anualmente el Presupuesto de Rentas y la Ley de Apropiaciones, que deberá corresponder al Plan Nacional de Desarrollo y lo presentará al Congreso, dentro de los primeros diez días de cada legislatura.”* Y finalmente, en armonía con la preceptiva anterior, el artículo 351 constitucional reza: *“El Congreso no podrá aumentar ninguna de las partidas del presupuesto de gastos propuestas por el Gobierno, ni incluir una nueva, sino con la aceptación escrita del ministro del ramo.”*

Las anteriores disposiciones indican que en materia presupuestal las competencias del ejecutivo para la formulación del gasto se concretan en la iniciativa legislativa privilegiada que le corresponde en forma exclusiva, y que imponen que la ley anual de presupuesto, así como aquellas otras que ordenen participaciones en las rentas de la Nación o transferencias de las mismas, tengan origen en propuestas gubernamentales.

Por ello, respecto de leyes o proyectos de leyes que se refieren a la asignación de partidas del presupuesto nacional para el cubrimiento de determinados

¹¹² Sentencia C-685 de 1996, M.P. Alejandro Martínez Caballero

gastos, la Corte ha sostenido reiteradamente una posición según la cual tales disposiciones del legislador que ordenan gastos, expedidas con el cumplimiento de las formalidades constitucionales, no ⁷¹³ pueden tener mayor eficacia que la de constituir títulos jurídicos suficientes, en los términos de los artículos 345 y 346 de la Carta, para la posterior inclusión del gasto en la ley de presupuesto, pero que ellas en sí mismas no pueden constituir órdenes para llevar a cabo tal inclusión, sino autorizaciones para ello.

En la Sentencia C-442/01 la Corte Constitucional consideró:

“Las normas contenidas en los artículos 345 y 346 de la Constitución Política, relativas al presupuesto, consagran el principio de legalidad del gasto según el cual “corresponde al Congreso, como órgano de representación plural, decretar y autorizar los gastos del Estado, pues ello se considera un mecanismo necesario de control al Ejecutivo y una expresión inevitable del principio democrático”. Este principio, como lo ha puesto de presente la jurisprudencia de esta Corporación, opera en dos momentos distintos del proceso presupuestal: uno primero, al elaborarse la ley anual, cuando sólo deben incorporarse en el proyecto respectivo aquellas erogaciones previamente decretadas por la ley. Posteriormente, en la etapa de ejecución del presupuesto, el principio de legalidad indica además que para que los gastos puedan ser efectivamente realizados, las correspondientes partidas deben haber sido aprobadas por el Congreso al expedir la ley anual de presupuesto. Finalmente, para verificar el principio de legalidad del gasto en esta fase de ejecución, la ley exige la constancia de disponibilidad presupuestal previa a la realización del mismo, la cual acredita no solamente la existencia de la partida correspondiente en la ley anual de presupuesto, sino la suficiencia de la misma al momento de hacer la erogación, es decir, que no se encuentre agotada.

(...)

La filosofía que subyace en este principio constitucional de la legalidad del gasto, no es otro que el de permitir un medio de control político del órgano legislativo sobre el ejecutivo en materia presupuestal. (...) El principio de legalidad del gasto no se limita a determinar que el Congreso debe aprobar el total del gasto que se ejecutará en la vigencia presupuestal respectiva, sino que en las democracias contemporáneas en virtud de tal principio el legislativo indica también la manera en la cual dicho gasto total estará

¹¹³⁷ CF. Sentencia C-360 de 1996 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

⁸ Sentencia C-360 de 1996 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

repartido entre los distintos órganos del Estado, con lo cual se facilita de mejor modo el control político económico sobre el ejecutivo a que se ha aludido.”¹¹⁴

En la Sentencia C-559/02 la Corte Constitucional consideró:

“El principio de legalidad del gasto ha sido reiterado en muchas oportunidades por esta Corporación. Sintetizando lo dicho por esta Corte, se tiene que la iniciativa en materia de gasto público, la tienen tanto el Congreso de la República como el Gobierno Nacional. Así, el Congreso tiene la iniciativa para presentar proyectos de ley que decreten un gasto, pero su inclusión en el proyecto de presupuesto es una facultad otorgada al Gobierno, de suerte, que aquel no le puede impartir órdenes o establecer un mandato perentorio, a fin de que determinado gasto sea incluido en el presupuesto.”¹¹⁵

Sentencia C-859/01

“La jurisprudencia constitucional ha rechazado por inconstitucionales las iniciativas provenientes del Congreso de la República que ordenan un gasto público, cuando quiera que el objetivo perseguido con la medida radica en imponerle al Gobierno la incorporación en el Presupuesto General de la Nación de partidas con destino a la financiación de proyectos y programas que son de competencia de los entes territoriales, de conformidad con lo dispuesto en la Ley Orgánica de Distribución de Competencias. Esta doctrina constitucional ha sido decantada partiendo del análisis del principio de legalidad del gasto público que supone la existencia de competencias concurrentes, aunque separadas, entre los órganos legislativo y ejecutivo, correspondiéndole al primero la ordenación del gasto propiamente dicha y al segundo la decisión libre y autónoma de su incorporación en el Presupuesto General de la Nación, de manera que ninguna determinación que adopte el Congreso en este sentido puede implicar una orden imperativa al Ejecutivo para que incluya determinado gasto en la ley anual de presupuesto, so pena de ser declarada inexecutable.”¹¹⁶

114 CF. Sentencia C-360 de 1996 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

115 Sentencia C-360 de 1996 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

116 Sentencia C-859/01

5.4. ANÁLISIS DE JURISPRUDENCIA

J

Examine las sentencias C-057 de 1993, C-490 de 1994 C-315 de 1995, C-360 de 1996, C-623 de 2003 de la Corte Constitucional; ACU-127: CE-SEC1-EXP1998-NACU127 Acción de Cumplimiento instaurada ante el Consejo de Estado ACU-127 del 29 de Enero de 1998 C.P Juan Alberto Polo Figueroa; elabore un resumen que comprenda los cargos de la demanda, el concepto de violación expuesto por la parte actora, las consideraciones de la Corte y la decisión tomada.

Presente el resumen en el trabajo de grupo e impulsen un debate que les permita expresar comentarios, críticas, conclusiones y recomendaciones jurídicas. Al Respecto, establezcan las diferencias y discrepancias que se presenten en las sentencias o citas jurisprudenciales, sobre aspectos concretos que sean relevantes.

5.5. ACTIVIDADES PEDAGÓGICAS

Ap

Con base en los temas estudiados, sírvase responder las siguientes preguntas:

- 1) Defina que es autonomía fiscal.*
- 2) Explique las relaciones que se dan entre el título creador del gasto y la apropiación presupuestal, señalando las competencias del Congreso y del Ejecutivo en tal esfera.*
- 3) Explique cuál es la competencia del ejecutivo frente a las modificaciones de las apropiaciones contenidas en la ley anual de presupuesto.*

5.6. AUTOEVALUACIÓN

Ae

Para la autoevaluación de los conocimientos asimilados en esta unidad quinta, con base en la información sobre el presupuesto nacional estudie y analice el siguiente caso, y después resuelva los planteamientos que se le hacen:

Para honrar a un ilustre hombre público el Congreso expide “una Ley de honores”, para cuya ejecución no solamente crea un gasto público para erigirle un monumento en su ciudad natal, sino que simultáneamente

Ae

ordena al ejecutivo hacer la respectiva apropiación para la siguiente vigencia fiscal. Se pregunta:

¿Cual debería ser la posición jurídica de un ciudadano o ciudadana que no está de acuerdo con la creación de esta ley de honores?

¿Qué decir en relación con la orden que el Congreso imparte al ejecutivo para apropiar este gasto en la siguiente vigencia fiscal?

5.7. BIBLIOGRAFÍA SELECCIONADA

Bs

ACOSTA, Olga Lucía y BIRD, Richard. “El dilema de la Descentralización en Colombia”, Bogotá, enero de 2003. Págs. 19 y 20. Documento que hace parte del informe final de la ‘Misión de Ingreso Público’.

ALESSINA, Alberto, ECAVARRÍA, Juan y CARRASQUILLA Alberto, “Descentralización en Colombia”, artículo que hace parte de V.V.A.A. ALESSINA ALBERTO (Editor), “Reformas Institucionales para Colombia”, Fedesarrollo, Alfaomega, Bogotá, 2002.

ALONSO J.C, OLIVER M. Y FAIMBOIM I, “Del Equilibrio al Desequilibrio Fiscal en Colombia: La Experiencia se Repite (1980-1996)”, en TALVI ERNESTO Y VÉGH CARLOS (comp.), “¿Como Armar el Rompecabezas Fiscal?”, BID, Red de Centros de Investigación, Washington, 2000.

BRAVO Arteaga, Juan Rafael, “Nociones Fundamentales de Derecho Tributario”, tercera Edición, Legis Editores S.A, Bogotá, 2002.

CÁRDENAS Santamaría, Mauricio, “La Visión del Desarrollo de La Administración Pastrana Arango”, en PASTRANA Arango, Andrés. Et Al, “Economía Con Responsabilidad. La Política del Gobierno de Andrés Pastrana Arango”, libros de cambio No. 15, Alfaomega, Cambio, Bogotá, 2002.

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, presentación sobre finanzas nacionales y territoriales a los Secretarios de Hacienda de los Departamentos en el mes de Mayo de 2003. Documento en formato electrónico proporcionado por la institución.



DNP- GTZ, *“Evaluación de La Descentralización Municipal En Colombia: Balance De Una Década”*, Tomo I Marco Conceptual y resultados del progreso municipal, Bogotá, 2003.

FORERO Pineda, Clemente, HIDALGO Carolina, JIMÉNEZ Guisella, ORTIZ Mercedes y PULIDO Sandra, *“Descentralización y Participación Ciudadana”*, Tercer Mundo Editores, Centro de Investigaciones Para el Desarrollo, Facultad de ciencias Económicas, Universidad Nacional de Colombia, sede Bogotá, 1997.

JARAMILLO Pérez, Iván, *“El Proyecto de Reforma a la Ley 60 de 1993”*, en *Revista Foro*, Bogotá, diciembre de 2001.

LIZARAZO Rodríguez, Liliana, *“El Acuerdo Extendido Celebrado entre Colombia y el Fondo Monetario Internacional”*, en revista *Estudios Socio – Jurídicos*, Bogotá, Universidad del Rosario, Facultad de Jurisprudencia – Grupo de Investigadores Carlos Holguín Holguín, Vol 4, No. 1, marzo de 2002.

LIZARAZO Rodríguez, Liliana. *“Evolución Normativa del Situado Fiscal”*, en V.V.A.A, LIZARAZO RODRÍGUEZ, LILIANA Y ZAMBRANO CETINA, WILLIAM (Editores), *“Crisis Económica y Finanzas Públicas”*, centro editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2003.

LIZARAZO Rodríguez, Liliana y ZAMBRANO Cetina, William (Editores), *“Crisis Económica y Finanzas Públicas”*, centro editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2003.

PALACIOS Mejía, Hugo, *“¿ Mejora la Constitución las Políticas de Crédito Público?”*, en V.V.A.A, LONDOÑO BEATRIZ (Editora), *“La Constitución Por Construir, Balance de una Década de Cambio Institucional”*, Universidad del Rosario, Bogotá, 2001.

RESTREPO Salazar, Juan Camilo, *“El Ajuste Estructural de las Finanzas Públicas”*, Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Bogotá, 1999.

SÁNCHEZ Torres, Carlos Ariel; NARANJO, Rodrigo y RINCÓN Cárdenas, Erick; *“Crisis del Estado y Ajuste Fiscal, Cuatro Años de*

Bs

Ajuste a las Finanzas", artículo en proceso de publicación, Universidad del Rosario, Bogotá, 2002.

PASTRANA Arango, Andrés Et Al, "Economía Con Responsabilidad. La Política del Gobierno de Andrés Pastrana Arango", libros de cambio No. 15, Alfaomega, Cambio, Bogotá, 2002.

TALVI, Ernesto Y VÉGH, Carlos (comp.), "¿Como Armar el Rompecabezas Fiscal?", BID, Red de Centros de Investigación, Washington, 2000.

V.V.A.A. ALESSINA, Alberto (Editor), "Reformas Institucionales para Colombia", Fedesarrollo, Alfaomega, Bogotá, 2002.

Impreso en los talleres de
Grafi-Impacto Ltda.
Diciembre de 2007