

EL PROYECTO DE LEY DE RÉGIMEN DEPARTAMENTAL: MÁS SOMBRAS QUE LUCES

COMENTARIOS SOBRE EL PL ORGÁNICA No. 183 DE 2021 SENADO - 486 DE 2020
CÁMARA “POR LA CUAL SE DICTAN NORMAS TENDIENTES A MODERNIZAR LA
ORGANIZACIÓN Y EL FUNCIONAMIENTO DE LOS DEPARTAMENTOS”

THE PROPOSED BILL ON THE DEPARTMENTAL GEOPOLITICAL SYSTEM: CASTING MORE SHADOWS THAN LIGHT

COMMENTARY ON THE PROPOSED SENATE BILL No.185 OF 2021 AND THE LOWER
CHAMBER'S NO. 486 OF 2020 “WHICH ESTABLISHES REGULATIONS TOWARD
THE MODERNIZATION OF THE ORGANIZATION AND FUNCTIONING OF THE
TERRITORIAL DEPARTMENTS”



Manuel Alberto Restrepo Medina*
Académico correspondiente

La presente ponencia tiene por objeto presentar el contenido del proyecto de ley orgánica por medio del cual se pretende adoptar el régimen político y administrativo de los departamentos que se encuentra haciendo trámite en el Congreso de la República. Además ofrece una perspectiva crítica sobre el mismo en función de la caracterización descentralizada y autónoma que de sus entidades territoriales hizo la Constitución de 1991.

* Doctor en Derecho, magister en Derecho Administrativo, magister en Estudios Políticos, DEA en Derecho Procesal, especialista en Legislación Financiera, abogado. Profesor emérito y titular de la Universidad del Rosario. Investigador Senior Minciencias. Miembro correspondiente de la Academia Colombiana de Jurisprudencia.

Habr  de comenzarse por señalar que existe un déficit legislativo orgánico territorial para el nivel intermedio de gobierno. Durante la vigencia de la actual Carta Política se han expedido leyes de asociatividad territorial (mal llamada de ordenamiento territorial), así como para los municipios, los distritos, las ciudades capitales, las áreas metropolitanas y hasta para las regiones. Sin embargo el Congreso no ha expedido el régimen legal de los departamentos a pesar de haber transcurrido 30 años de la vigencia del texto constitucional.

Cabe hacer notar que estas entidades territoriales han tenido que aplicar una normativa que data de 1986, ajustándola a multiplicidad de derogatorias parciales, más tácitas que expresas, y armoniz ndola con el propio texto constitucional –al cual resulta contraria en no pocas ocasiones– y a una cantidad no despreciable de leyes sectoriales, de organización de la gestión administrativa del Estado y de índole fiscal y tributaria. También vale la pena preguntarse si esa omisión legislativa, que contrasta con la muy nutrida legislación para el nivel municipal, es un reflejo de la inocuidad a la cual pareciera haber quedado reducido el nivel departamental en el ordenamiento constitucional, que ha hecho innecesario que para poder operar se requiera de una legislación que establezca su régimen jurídico.

A la fecha de la última revisión del presente texto, el proyecto hab  sido aprobado en tres de los cuatro debates reglamentarios y solamente ten  pendiente el último debate en la plenaria del Senado y la conciliación. Para ese momento constaba de 158 artículos y comprendí tres títulos.

El Título I está dividido en 5 capítulos y en ellos se abordan los siguientes temas:

El capítulo I que trata del objeto de la ley, de la definición y de los principios.

El objeto de la ley consiste en establecer el régimen político y administrativo de los departamentos, como entidades territoriales autónomas y descentralizadas que integran la república unitaria. Hago hincapié en recordar el objeto de la ley porque, como lo se alar  más adelante, la pretensión de establecer ese régimen no se satisface completamente y porque en algunas de sus disposiciones se dejan de lado esas notas distintivas de la autonomía y la descentralización.

En la definición del departamento como entidad territorial se reitera su condición instrumental de complementariedad e intermediación de la acción de los municipios. No se le otorga un rol propio sobre los asuntos seccionales que deberían distinguirlo y darle una identidad al nivel intermedio de la organización político-administrativa del Estado en Colombia.

En otras palabras, la definición que el proyecto de ley trae del departamento es un reflejo de la indefinición del constituyente de 1991, quien frente a su vocación marcadamente municipalista no supo, no pudo o no quiso establecer un rol propio para la institucionalidad departamental. La circunscribió preferentemente a suplir las insuficiencias de la gestión de los municipios.

Este capítulo se completa con el establecimiento de los principios rectores de la administración departamental.

En estos principios está tal vez la mayor riqueza y el aporte novedoso del proyecto de ley, ya que trasciende los principios del ejercicio de la función administrativa e inclusive los que se establecieron en la mal llamada ley orgánica de ordenamiento territorial. Se pretende concretar en ellos una hoja de ruta de la gestión administrativa a cargo de estas entidades territoriales:

- Descentralización.
- Concurrencia.
- Complementariedad.
- Autonomía.
- Subsidiariedad.
- Sostenibilidad fiscal territorial.
- Desarrollo sostenible.
- Cohesión territorial.
- Planeación prospectiva territorial.
- Reconocimiento de la diversidad.
- Enfoque diferencial.
- Solidaridad.
- Equidad territorial.
- Regionalización.
- Participación.

Estos son los enunciados a partir de los cuales se podría estructurar un norte definido para el ordenamiento territorial del nivel departamental.

No obstante, el alcance con el que muchos de ellos son definidos no resulta el más afortunado en su redacción, y más allá de que este defecto se pueda pulir en los debates restantes, lo preocupante es que no se hayan previsto más adelante en el articulado mecanismos concretos de aplicación de esos principios en el ejercicio de las competencias que se les asignan a los departamentos.

El capítulo II del título I del proyecto de ley constituye el núcleo duro de la iniciativa legislativa porque es la primera vez que se intenta plasmar en un único texto legislativo todas las funciones que tienen a su cargo las entidades territoriales departamentales, y para su atribución se recurre a tres criterios:

Bajo esquemas de autonomía y descentralización territorial: Son las que podrían calificarse como competencias propias y por lo tanto de iniciativa y ejecución directa por parte de los departamentos. Ellas se refieren a infraestructura vial; participación ciudadana; crecimiento económico y generación de empleo; desarrollo agropecuario; turismo ecológico; manejo eficiente de los ingresos endógenos; asociatividad territorial; políticas culturales; políticas para el deporte; desarrollo integral de la infancia y la adolescencia; políticas de CTI y políticas para los adultos mayores.

Bajo esquemas de concurrencia y complementariedad: Se trata de competencias que facilitan o contribuyen al ejercicio de las funciones propias del orden nacional. Ellas se refieren a gestión de proyectos de cooperación internacional; desarrollo rural; conservación del orden público; ordenamiento del territorio; ubicación de infraestructuras de alto impacto (esta no es del orden nacional sino en concertación con los municipios); sostenibilidad ambiental y responsabilidad intergeneracional; protección de un ambiente sano; atención de desastres naturales o por acción humana; gestión integral de riesgos; movilidad; transporte público y atención de población vulnerable.

Bajo esquemas de concurrencia o subsidiariedad: Se trata de competencias propias de los municipios en cuyo apoyo o soporte acuden los depar-

tamentos. Ellas se refieren a educación, salud, agua potable y saneamiento básico y servicios públicos domiciliarios.

Como quiera que, en virtud del principio de sostenibilidad fiscal no pueden atribuirse funciones sin la asignación de los recursos suficientes, el proyecto de ley dispone que el Gobierno Nacional a través del Ministerio del Interior y del Ministerio de Hacienda (en consenso con los Departamentos representados en la Federación Nacional de Departamentos) hará una identificación de las competencias que han sido descentralizadas a los departamentos sin asignación de recursos para su ejecución.

Consecuentemente procederá a nivelar y destinar las asignaciones presupuestales que garanticen suficiencia fiscal a los departamentos para cada competencia identificada, en un plazo de ocho meses a partir de la vigencia de la Ley.

Ojalá sea así; esta disposición es una virtud del proyecto de ley que no puede ser desconocida, pero su eficacia puede ser engañosa si al cuantificar el monto de esa nivelación se afectan las finanzas nacionales. Ya sucedió con el proyecto de ley estatutaria de la justicia, frente al cual el ministro de hacienda manifestó la imposibilidad fiscal de cumplir con la asignación presupuestal mínima que se fijó para la rama judicial.

Ahora bien, el proyecto no atiende ni aprovecha la categorización de los departamentos efectuada por la Ley 617 de 2000 para asignar las competencias en función de la capacidad institucional determinada por la categoría de cada entidad territorial. Se persiste en una visión homogénea y unificada de los departamentos, cuya realidad es heterogénea y diversa y así debería ser tenido en cuenta por el legislador para fijar esas competencias. Tampoco se hace un ejercicio riguroso de articulación con las funciones asignadas legalmente a los municipios para evitar traslapos, duplicidades u omisiones.

Después de listar las competencias que el legislador les atribuye a los departamentos, se incluye un conjunto de artículos que privilegia el impulso al desarrollo económico desde la incentivación del mercado y la participación del sector privado. Pone un énfasis mucho más marcado en el desarrollo del artículo 333 de la Constitución, dejando de lado al mismo nivel de importancia e incidencia los cometidos que se espera el Estado atienda y satisfaga conforme al artículo 334 superior.

El Capítulo III del Título I señala que corresponde al legislador la creación de nuevos departamentos, pero no fija las reglas en materia de población, extensión, ingresos corrientes, etc., por lo cual podría llegar a darse una creación *ad hoc* de nuevos departamentos en función de coyunturas y conveniencias políticas sin ningún criterio técnico que la justifique. Complementariamente, este capítulo establece las reglas para la definición de límites dudosos entre dos o más departamentos.

El Capítulo IV defiere a la Ley Orgánica de Planeación el ejercicio de la función de planeación de los departamentos y reitera la articulación que debe haber entre los planes departamentales y el Plan Nacional de Desarrollo. Al hacer esa remisión a la Ley 152 de 1994 se vuelve a caer en el pecado de homogeneizar e igualar a todos los departamentos, sin tener en cuenta las diversidades entre ellos en términos de:

- Población.
- Ocupación espacial del territorio.
- Necesidades básicas insatisfechas.
- Número de municipios.
- Desempeño fiscal.

Estas y otras variables deberían ser tenidas en cuenta para que la planeación de cada departamento atienda a sus propias realidades y no sea una camisa de talla única que sirva para vestir por igual a Antioquia y a Casanare.

El Capítulo V desarrolla la competencia asignada por la LOOT a los departamentos sobre el ordenamiento del territorio, indicando que los POD determinen los sistemas de escala supramunicipal que coexisten y estructuran el territorio departamental, tales como el sistema de asentamientos poblacionales urbanos y rurales; la estructura ecológica; los corredores de conectividad funcional; las redes de infraestructura y equipamientos de servicios públicos y las áreas e infraestructuras productivas.

Llama la atención que se defiera al reglamento la definición de los aspectos sustantivos, procedimentales y organizativos que definan la aplicabilidad de los POD, incluyendo, entre otros:

- Los contenidos mínimos.
- El procedimiento de formulación.

- La expedición.
- La vigencia.
- Y las entidades competentes.

Esto en la medida en que estos contenidos, en criterio de quien expone, son de reserva de ley. Aun si se aceptara que pudieran ser definidos por la vía reglamentaria, no son pocos los casos en que el Gobierno no ha ejercido la potestad reglamentaria invocando que la misma es una potestad discrecional. Así lo ha reconocido la jurisprudencia, aún a pesar del mandato expreso del legislador. Por lo tanto los POD podrían ser letra muerta, máxime si se considera que el plazo dado para expedir el reglamento es de un año, de manera que esa sería una tarea que le quedaría al Gobierno entrante, que podría tener otras prioridades en su agenda por lo que este tema no ocuparía su atención.

Las restantes disposiciones del proyecto de ley, con algunas salvedades que plantearé al terminar mi presentación, son más operativas y menos estructurales, integran disposiciones que hoy están dispersas en diferentes normas y actualizan otras con el texto constitucional vigente.

Se trata de los Títulos II y III. Aquel se ocupa de las asambleas departamentales, en tres capítulos que reglan su organización y funcionamiento, el régimen de los diputados y el de las ordenanzas. Son disposiciones normativas en las que está muy presente la trasposición de las reglas aplicables a los congresistas y al proceso de formación de las leyes. El Título III se ocupa del régimen de los gobernadores y contiene un Capítulo I, a pesar de que no hay ni II ni III, que trata de la naturaleza del cargo, calidades y atribuciones.

No obstante, a partir del artículo 140 y en el mismo capítulo sobre los gobernadores, se introduce un conjunto disperso de disposiciones sobre el régimen departamental, que nada tienen que ver con la regulación jurídica de los gobernadores, y que deberían conformar un título separado sobre otras disposiciones, ya que no hay entre ellas un eje articulador que permita agruparlas con una denominación más específica.

Así, en esos artículos finales se tratan temas tan variados como:

- El gobierno departamental.
- La estructura administrativa departamental.
- Convenios con organismos de acción comunal.

- Catastros departamentales.
- Gaceta departamental.
- Régimen especial de San Andrés.
- Asociaciones de departamentos.
- Asociatividad interterritorial.
- Entidades descentralizadas.
- Bienes, contratos y rentas departamentales.
- Control fiscal.
- Departamentos de fronteras.
- Proyección poblacional.
- Creación de municipios en áreas no municipalizadas.
- Conversión de corregimientos en municipios.
- Comisión especial de carrera de los servidores públicos de las contralorías territoriales
- Fortalecimiento financiero de las contralorías territoriales
- Vigencia y derogatorias

De estos artículos hay varios que merecen comentarios puntuales:

Sobre la definición de su estructura administrativa, se obliga a los departamentos a seguir los lineamientos establecidos por la Ley 489 de 1998, que es la que determina la estructura de la rama ejecutiva del orden nacional, organizada en los sectores central y descentralizado. Es una norma claramente atentatoria de la autonomía constitucional de auto-organización de las entidades territoriales.

Los departamentos deberían poder decidir si su estructura administrativa sigue esos lineamientos o si escogen otra forma distinta de estructura, que ellos consideren les resulte más adecuada para el ejercicio de sus competencias y el cumplimiento de sus funciones. Se vuelve a la pretensión uniformadora y unificadora propia de una visión centralizada del Estado, que reniega de la condición descentralizada y con autonomía de sus entidades territoriales de la organización político-administrativa nacional establecida en 1991.

En segundo lugar, si lo que se quiere en verdad es contribuir a la consolidación del catastro multipropósito, tarea para la cual es muy insuficiente

la capacidad institucional de gestión del IGAC, la atribución para que los departamentos adelanten la formación, actualización, conservación y difusión catastral no debería ser otorgada de manera potestativa, sino que debería serlo en forma imperativa.

Debería en este caso establecer los mecanismos concretos de articulación con la gestión del IGAC, o, en el otro, darles la autonomía plena para el efecto como sucede en las ciudades capitales, como Bogotá, que gestionan su propio catastro. Ahora bien, si la autorización potestativa para el ejercicio de esta atribución deviene de las diferencias en las capacidades de los distintos departamentos, se podría establecer como obligatoria para los de categoría especial y de primera. Para los restantes dejarla como potestativa, fijando un plazo razonable para que desarrollen las capacidades que les permitan asumirla a mediano plazo.

Señalaba al comienzo de este escrito que la pretensión de la ley de configurar el régimen político y administrativo de los departamentos es incompleta. En los artículos 149 y 150 se dispone que el Gobierno Nacional presente al Congreso dentro de los 6 meses siguientes a la vigencia de la ley sendos proyectos sobre el régimen de las entidades descentralizadas y el régimen de los bienes, contratos y rentas departamentales, respectivamente. Luego habría que esperar a la expedición de estas dos leyes para que el régimen departamental esté completo.

Para evitar un vacío regulatorio, la norma sobre derogatoria mantiene la vigencia de los artículos del Decreto 1222 de 1986 y de la Ley 617 de 2000 relativos al régimen de bienes, rentas y contratos, tornándose en incierta la completitud del estatuto departamental si no se ejerce la iniciativa legislativa en esta materia.

Esta debería servir para actualizar la vetusta y anticuada estructura tributaria departamental, todavía anclada en lo que se ha denominado el Estado cantinero (el gravamen al consumo de las bebidas alcohólicas, cigarrillos y tabaco y juegos de suerte y azar) y en el muy desordenado esquema de financiación a través de las estampillas departamentales.

Finalmente, la regulación en materias especiales no es más que la remisión a otras leyes orgánicas, estatutarias y ordinarias que se ocupan de las siguientes cuestiones:

- Ordenamiento territorial.
- Planeación.
- Presupuesto.
- Sistema general de regalías.
- Endeudamiento y responsabilidad fiscal.
- Creación y modificación de tributos del orden departamental.
- Contratación estatal.
- Empleo público
- Responsabilidad penal, disciplinaria y fiscal de los servidores públicos.
- Régimen electoral.
- Ley especial del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina.
- Y participación ciudadana.

Estas remisiones reflejan el peso que el principio de Estado unitario tiene en la determinación del régimen jurídico de las entidades territoriales, las cuales en todas esas materias carecen de autonomía para autorregularse.

Para concluir puede señalarse que este proyecto representa un avance frente a la situación actual, pero se mantiene dentro de la lógica tradicional de la prevalencia de la visión unitaria del Estado sobre los principios de descentralización y autonomía territoriales. Así desaprovecha la oportunidad de fortalecer el Estado a partir del reconocimiento de la riqueza de su diversidad en el territorio en lugar de la búsqueda agobiante de la homogeneidad y la uniformidad.

Una vez más se está dejando pasar otra ocasión, quizá irrepitable a corto y aun a mediano plazo para propiciar la construcción de Estado desde el territorio, confiriéndole a los departamentos un papel protagónico. Serían ellos los habilitadores de la potenciación sinérgica de los recursos institucionales, ciudadanos, productivos y académicos de sus territorios, en lugar de seguir siendo meros ejecutores instrumentales de las políticas nacionales y apagacincendios de las incapacidades de gestión de sus municipios.