



Radicado No: 20102100022893

Fecha: 23-06-2010

## MEMORANDO INTERNO

Bogotá

210

PARA: **Doctora Mariana Gutiérrez Dueñas**, Directora Oficina Jurídica.

DE: **Fredy Cespedes Villa**, Auditor Delegado para la Vigilancia de la Gestión fiscal

ASUNTO: Remisión documento Fondos Contraloría de Medellín

Cordial Saludo,

De manera atenta me permito trasladar el documento remitido a este despacho por la Gerencia de Medellín de la Auditoría General de la República, relacionada con el fondo de la Contraloría de Medellín. Lo anterior con el fin de solicitar de manera atenta realice un pronunciamiento sobre la Legalidad de dicho fondo y sobre el cumplimiento de la Ley 617 de 2000.

Atentamente,



FREDY CESPEDES VILLA  
Auditor Delegado para la Vigilancia de la Gestión Fiscal

Anexo: 16 folios  
Proyecto: Martha R

24 JUN 2010

MJ HB  
27106100.



Radicado No: 20101100048351

Fecha: 01-09-2010

Bogotá D.C.,  
110-037-2010

Doctor  
**CARLOS MARIO ESCOBAR ÁLVAREZ**  
Contralor General  
Contraloría General de Medellín  
Calle 53 No. 52-16. Edificio Miguel de Aguinaga  
Medellín (A)

**Asunto:** Respuesta a consulta elevada mediante Rad. 2010-210-0022893/2010-213-000769-2

Apreciado Señor Contralor:

Esta Oficina recibió de la Auditoría Delegada para la Vigilancia de la Gestión Fiscal la consulta del asunto, mediante la cual expone su inquietud y realiza algunos planteamientos con relación al programa de vivienda de los funcionarios de la Contraloría General de Medellín, aprobado por el Acuerdo 46 de 2008, emanado del Concejo de Medellín y la aplicación de la Circular Externa AG 008 de 2009, de la Auditoría General de la República, que referimos a continuación:

### 1. Síntesis de la consulta

"(...) En lo concerniente a la Contraloría General de Medellín, la cual lidero, tanto la solicitud inicial como la circular, han generado algunas inquietudes con lo que respecta a la aplicación del programa de vivienda de los funcionarios de la Contraloría, aprobado por el acuerdo 46 de 2008, pues pese a no haberse constituido como un fondo de los cuales se refiere los comunicados, quienes pertenecen al comité de vivienda y deben aprobar los créditos así como quien ordena la correspondiente erogación, han venido posponiendo la aplicación del acuerdo hasta tanto haya un pronunciamiento referente al tema por parte de Ustedes y en relación con la información requerida por dicha Entidad y

suministrada por la Contraloría General de Medellín, pese a que son muchos los requerimientos de los funcionarios de nuestro Órgano de Control para que se de cumplimiento de manera inmediata al mencionado acuerdo de vivienda.

(...)

Les solicito muy comedidamente y con todo el respeto que se merecen, informarme en que estado esta (*sic*) el estudio asumido por Ustedes en lo atinente al tema y si ha habido algún pronunciamiento, referente al mismo, diferente a la circular externa AG 008 de 2009, lo anterior lo requerimos lo mas (*sic*) pronto posible a efectos de buscarle alguna salida jurídica y desentrañar así el asunto.”

Adicionalmente, el 3 de junio de 2010, de acuerdo con su solicitud, realizamos una reunión de trabajo con la doctora María Elena Castro Zapata -Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la Contraloría a su cargo -, con el fin de darnos a conocer en detalle el concepto de dicha Jefatura, en torno al tema planteado. El 5 de julio de 2010, recibimos vía electrónica el documento denominado “¿Cuál es el fundamento constitucional para que la Contraloría General de Medellín cuente con un programa de vivienda?”, que nos anunció la doctora María Helena, en el que soporta la pertinencia del programa de Fondos de Vivienda, y el criterio para otorgar viabilidad a la aplicación del Acuerdo 46 de 2008, citado, que leímos detenidamente.

## **2. Consideraciones preliminares**

Como tuve oportunidad de expresarle, dadas las funciones constitucionales y legales asignadas a la Auditoría General de la República, no puede éste ente de control tener injerencia en la toma de decisiones que sean de competencia de las entidades sujetas a su vigilancia, ya que nos corresponde adelantar un control posterior y selectivo de su gestión fiscal. Por tanto, nos abstenemos de emitir conceptos sobre asuntos o situaciones particulares, individuales o concretas, que puedan llegar a ser objeto de nuestra vigilancia.

En este sentido, es importante señalar que, esta Oficina, no es competente para establecer directrices en torno a los asuntos planteados en su oficio. Las opiniones de la Oficina Jurídica, son tan sólo orientaciones y puntos de vista que no comprometen la responsabilidad de la Auditoría General de la República, ni son de obligatorio cumplimiento o ejecución, en los términos del artículo 25 del Código Contencioso Administrativo.

Hechas estas consideraciones, haremos las siguientes anotaciones de manera general.

### 3. Consideraciones de la Oficina Jurídica

- **El concepto de Autonomía Territorial**

El artículo 313 Superior faculta a los concejos municipales para adoptar, entre otras funciones, los correspondientes planes y programas de desarrollo económico y social y de obras públicas.

Ésta voluntad se expresa mediante acuerdos, que regulan las relaciones sociales, económicas, políticas y culturales a nivel local, y debe obedecer a la protección de los intereses superiores. El núcleo esencial de la autonomía territorial está dado por el equilibrio, de una parte, entre las decisiones adoptadas por el Concejo, que se constituye en el órgano de autogobierno, y de otra, con base en los proyectos presentados por la primera autoridad local, elegida democráticamente, -alcalde-, que ha de velar por la sanidad y solidez de la hacienda municipal,<sup>1</sup> cuya gestión de lo público debe someterse al cumplimiento de los fines esenciales del Estado para con sus asociados.

La Corte Constitucional, al resolver una demanda de inconstitucionalidad contra la Ley 617 de 2000, a propósito del alcance de la autonomía de las entidades territoriales, en sentencia C-540/01, con ponencia del Magistrado Jaime Córdoba Triviño, expresó:

“La autonomía, al ser gubernamental y administrativa, se refiere no sólo a la facultad de dirección política sino también a la potestad de gestión de sus propios recursos. Sin embargo, esta facultad debe ejercerse conforme a la Constitución y la ley.”

Pero además, esta autonomía, como es natural, debe estar enmarcada por los principios constitucionales y legales de unidad y descentralización. Así, en sentencia C-152 de 1995, el Tribunal Constitucional se pronunció respecto de la autonomía de las entidades territoriales y su núcleo esencial para la toma de decisiones, en los siguientes términos:

“Las entidades territoriales gozan de autonomía para la gestión de sus intereses. Sin embargo, la Constitución precisa que ella se lleva a cabo “dentro de los límites de la Constitución y la ley” (CP art. 287). No toda limitación o restricción legal puede ser admisible. El núcleo esencial de la autonomía de las entidades territoriales no puede ser afectado por las leyes que se dicten en este campo. Si así fuere, se modificaría la

---

<sup>1</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-152 de 1995. Magistrados Ponentes: doctores Jorge Arango Mejía y Eduardo Cifuentes Muñoz.

fisonomía del Estado que siempre ha de reflejar una síntesis equilibradora entre lo unitario y la descentralización y autonomía de sus entidades territoriales (CP art. 1)". La misma Corte Constitucional, en sentencia C-579 de 2001, al resolver una demanda parcial de inconstitucionalidad contra la Ley 617 de 2000, con ponencia del Magistrado Eduardo Montealegre Lynett, se refiere a la unidad nacional y a la autonomía de las entidades territoriales, de la siguiente manera:

"El equilibrio entre la unidad y la autonomía se logra mediante un sistema de limitaciones recíprocas: la autonomía, por una parte, se encuentra limitada en primera instancia por el principio de unidad, en virtud del cual, debe existir una uniformidad legislativa en todo lo que tenga que ver con el interés general nacional, puesto que la naturaleza del Estado unitario presume la centralización política, que exige unidad en todos los ramos de la legislación y en las decisiones de política que tengan vigencia para todo el territorio nacional, así como una administración de justicia común. La unidad, a su vez, se encuentra limitada por el núcleo esencial de la autonomía territorial. Esta supone la capacidad de gestionar los intereses propios; es decir, la potestad de expedir una regulación particular para lo específico de cada localidad, dentro de los parámetros de un orden unificado por la ley general. En ese sentido, la autonomía no equivale a autarquía ni a soberanía de las entidades territoriales: debe entenderse como la concordancia de la actividad de éstas con un género superior, que no rompe el modelo del Estado unitario. De esta manera, de la regla de limitaciones recíprocas se desprende una sub-regla, en el sentido de que la autonomía constitucionalmente reconocida implica, para los entes territoriales, la facultad de gestionar sus asuntos propios; es decir, aquellos que solo a ellos atañen. Ello implica, en consonancia con los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad que deberán gobernar el ejercicio de las competencias atribuidas a los distintos niveles territoriales, que todo lo que tenga que ver con asuntos que rebasan el ámbito meramente local o regional, deberá ser regulado por una ley de la República. En consecuencia, la autonomía territorial tiene límites en lo que toca con los intereses nacionales."

Ahora bien, por regla general, los actos administrativos de carácter local por medio de los cuales los Concejos o las Asambleas crean derechos u obligaciones para con sus asociados, gozan de *presunción de legalidad* y no es necesario declarar su legitimidad; al contrario, para desvirtuar tal presunción, se requiere de una declaración judicial, que debe ser solicitada por los particulares o por la administración.

Por ello, si se vislumbra que un acto administrativo vulnera el ordenamiento jurídico, es necesario acudir ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo para que se declare su nulidad. Al respecto, la Corte Constitucional en Sentencia C-037 de 2000, al pronunciarse sobre la excepción de ilegalidad de los actos administrativos, hace énfasis en que ésta no es una potestad de las autoridades administrativas ni de los particulares; se requiere que el juez administrativo

Con respecto a las entidades del orden distrital y municipal, el artículo 272 de la Carta señala:

“La vigilancia de la gestión fiscal de los departamentos, distritos y municipios donde haya contralorías, corresponde a éstas y se ejercerá en forma posterior y selectiva.

(...)

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

Por su parte, el artículo 25 de la Ley 42 de 1993 establece la competencia para el ejercicio del control fiscal, es decir que si se trata de recursos de la Nación *-fondos o dineros transferidos por la Nación-*, le corresponderá la vigilancia a la Contraloría General de la República en el porcentaje correspondiente, mientras que respecto de los recursos propios de la entidades territoriales la competencia corresponde a la respectiva contraloría territorial – departamental, distrital o municipal-.

La preceptiva del artículo 345 constitucional establece que ninguna contribución, erogación o impuesto debe estar por fuera del presupuesto de rentas y mucho menos, dar viabilidad a gastos que no han sido decretados por las autoridades legislativas de cualquier nivel de la administración, preservando así la transparencia en el manejo de los recursos.

Con relación a la racionalización del gasto, la preceptiva de la Ley 617 de 2000, determina los límites impuestos por la ley al presupuesto de los entes territoriales, que en ningún caso deben entenderse como una trasgresión a la autonomía que la Constitución otorga a las entidades territoriales, en tanto que los toques o techos presupuestales hacen parte de las políticas macroeconómicas del Estado, cuya salvaguarda está prevista por el órgano legislativo y se sustentan en el interés público de alcance nacional.

Al respecto la Corte Constitucional en la sentencia C-579 de 2001, ya citada, expresó lo siguiente:

“(…) En primer lugar, por mandato del artículo 334 constitucional, la dirección general de la economía corresponde al Estado, y en particular al titular de la función legislativa nacional. En éste sentido, por ser el Legislador el encargado de trazar las políticas macroeconómicas de la Nación, mal haría el intérprete del texto constitucional en admitir que la autonomía de las entidades territoriales se pueda convertir en un factor que impida el adecuado diseño y desenvolvimiento de dicha política –es decir, en un factor de desestabilización macroeconómica-. No debe olvidarse que, para efectos de las reglas arriba señaladas sobre las

relaciones entre unidad nacional y autonomía territorial, la estabilidad económica de la Nación constituye un interés de alcance eminentemente nacional, llamado a ser objeto de una regulación expedida por el órgano nacional competente para ello. En consecuencia, la autonomía de los entes territoriales se encuentra limitada por la mayor potestad de intervención del Legislador nacional en asuntos económicos, puesto que así lo exige la delicada tarea a él encomendada, para cuyo apto y (razonable) ejercicio debe contar con herramientas lo suficientemente eficaces". (Lo subrayado es del texto)

El artículo 10 de la Ley 617 de 2000, establece el límite a los gastos de las Contralorías, que se encuentra en un rango de distribución del 2.5% al 2.8% del total de ingresos corrientes de libre destinación, obedeciendo a la categoría en que se encuentre el respectivo ente territorial.

Aunado a lo anterior, no es dable que la vigilancia se confunda con la administración de recursos, más aún cuando el artículo 267 constitucional en concordancia con el artículo 272 Superior, restringe la naturaleza misma de la Contraloría a una entidad de carácter técnico con autonomía administrativa y presupuestal, que no tendrá funciones administrativas distintas de las inherentes a su propia organización, que debe contribuir a la generación de una cultura del control fiscal en beneficio del interés común en representación de la comunidad, a través de la vigilancia de la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación; evaluando sus resultados en términos de una correcta, eficiente, económica, eficaz y equitativa administración del patrimonio público, de los recursos naturales y del medio ambiente, para establecer finalmente las responsabilidades fiscales e imponer las sanciones pecuniarias que correspondan y las demás acciones derivadas del ejercicio de la vigilancia fiscal a fin de procurar el resarcimiento del patrimonio público<sup>5</sup>.

#### 4. Notas finales

En definitiva, las personas naturales y jurídicas son sujetos de control fiscal cuando manejen o administren fondos o bienes públicos, de conformidad con lo señalado por la Constitución Política y la Ley sobre la materia, por lo que frente al caso *sub examine*, la Contraloría General de Medellín está facultada para asumir sus decisiones autónomamente y no puede supeditar la aplicación o inaplicación del Acuerdo 46 de 2008, que se presume legal, a la postura institucional de ésta entidad, que es quien debe vigilarlo, desde el punto de vista de su gestión fiscal,

<sup>5</sup> Arts. 1, 2 y 3 del Decreto 267 de 2000.

por lo que no le es dable pronunciarse en concreto sobre el objeto del ejercicio del control fiscal posterior.

No obstante, para dar respuesta a su solicitud, es necesario precisar que a la fecha la Auditoría General de la República, no ha emitido ningún pronunciamiento de fondo sobre el estudio que viene realizando, ni sobre la materia objeto de consulta, distinto de la Circular AG 008 de 2009.

Concluimos de nuestras notas además, lo siguiente:

1. El concepto de autonomía territorial, no es absoluto. Debe sujetarse a la Constitución y a la ley y guardar coherencia con el concepto de Estado Unitario.
2. Los actos administrativos gozan de presunción de legalidad y no es necesario declarar su legitimidad. Para desvirtuar tal presunción, se requiere de una declaración judicial, que debe ser solicitada por los particulares o por la administración.
3. El límite de gastos de las contralorías debe atender los topes previstos en la Ley 617 de 2000.
4. Desde el punto de vista constitucional, las contralorías son entidades de carácter técnico, dotadas de autonomía administrativa y presupuestal, y no tendrán funciones distintas a las inherentes a su propia organización. (arts. 267 y 272 superiores).

Con un cordial y atento saludo,

  
**MARIANA GUTIÉRREZ DUEÑAS**  
Directora Oficina Jurídica

C.C. Doctor Carlos Augusto Cabrera - Auditor Delegado para la Vigilancia de la Gestión Fiscal

Proyectó: María José Hernández Burbano - P.U.   
Revisó: Janis Molina Ríos - P.E. 