

Síntesis

NORMATIVA FISCAL

Nº 1, Enero de 2010

**CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
OFICINA JURÍDICA**

**BOLETÍN JURÍDICO EN LÍNEA DEL SISTEMA DE
INFORMACIÓN NORMATIVA DE CONTROL FISCAL
SINOR**

La Oficina Jurídica agradece fijar el presente *Boletín* en las carteleras de las Dependencias del Nivel Central y de las Gerencias Departamentales.

El Grupo SINOR de la Oficina Jurídica pone en conocimiento de los funcionarios de la Contraloría General de la República, un compendio de normatividad, jurisprudencia y conceptos emitidos durante el último mes, en procura de ser herramienta de consulta, e insumo para el cumplimiento de las funciones de las distintas dependencias de nuestra Entidad.

Para elaborar este Boletín se consultaron como fuentes de información las páginas web de NOTINET y NOTIFAX, y se extrajeron las normas y pronunciamientos de interés para la labor misional de la CGR.

En principio encontrarán una relación de los documentos jurídicos incluidos en este Boletín y la descripción del tema abordado en cada uno de ellos, con el fin de que según el interés del consultante sea revisado la totalidad del documento o consultado a través de nuestro portal institucional, según sea el caso.

CONTENIDO

CONSEJO DE ESTADO

1. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL.

Consulta de Diciembre 15 de 2009.
Consejero Ponente: Dr. GUSTAVO APONTE SANTOS
Rad. No. 11001-03-06-000-2007-00077-00
Número interno 1.852

TEMA: DAÑO PATRIMONIAL AL ESTADO/ Enajenación de activos de entidades públicas a Central de Inversiones S.A. – CISA - Avalúo comercial de los bienes y determinación del precio mínimo de venta.

El alcance del Concepto N° 1852 del 15 de noviembre de 2007, el cual considera que se produce un daño patrimonial al Estado, cuando una entidad pública paga a otra multas, sanciones o intereses de mora, no se extiende a otro tipo de transacciones, como la compra de activos que realiza Central de Inversiones S.A. – CISA a otras entidades públicas, si se actúa conforme al procedimiento legal.

No obstante, si uno o varios de los servidores públicos intervinientes en la negociación, como en cualquier operación administrativa, se apartan del procedimiento y causan un daño patrimonial al Estado, originado en su dolo o en su culpa grave, éstos deberán responder fiscalmente.

2. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL.

Consulta de Septiembre 03 de 2009
Consejero Ponente: Dr. ENRIQUE JOSÉ ARBOLEDA PERDOMO
Radicación No. 1.95711001-03-06-000-2009-00039-00

TEMA: SUJECIÓN AL ESTATUTO DE CONTRATACIÓN/ Enajenación de bienes inmuebles fiscales.

La celebración y ejecución de un convenio de asociación de los previstos en el segundo inciso del artículo 96 de la ley 489 de 1998, entre el Ministerio de Educación Nacional y la Fundación para el Fomento de la lectura FUNDALECTURA, para la realización de un programa acorde con el Plan Nacional de Desarrollo, en el que el aporte del MEN estaría representado en la entrega del dominio del inmueble de su propiedad, que actualmente sirve de sede a Fundalectura, contradice los artículos 96 de la ley 489 de 1998 y 355 constitucional, puesto que los bienes comprometidos en los convenios y contratos de asociación que ellos regulan son los recursos presupuestales, o sea, dinero circulante, y no otro tipo de bienes.

3. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA

Sentencia de Agosto 06 de 2009
Radicación: 410012331000200501779-01 (37089)
Consejera Ponente: Dra. RUTH STELLA CORREA PALACIO

TEMA: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA/ Procede doble instancia sin importar cuantía de la pretensión.

La competencia para conocer de los procesos de reparación directa que se promuevan por error jurisdiccional, por privación injusta de la libertad o por defectuoso funcionamiento de la Administración de Justicia, corresponde sin importar la cuantía del mismo, en primera instancia a los Tribunales Administrativos y en segunda al Consejo de Estado". Así lo recordó el Alto Tribunal al resolver la acción de reparación directa promovida por Gladys Mireya González Sánchez y otros ciudadanos. Los demandantes buscaban que se declarara responsable a la Nación - Fiscalía General de la Nación por la privación injusta de la libertad de la que fueron víctimas. Así mismo, solicitaban que se declarara la responsabilidad por el error jurisdiccional cometido con la incautación de una motocicleta de su propiedad.

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. CONCEPTOS

1. CONCEPTO IE63156 de Diciembre 18 de 2010.

TEMA: EXTRACTORA SUR DE BOLÍVAR S.A./ Competencia de la Contraloría General de la República para ejercer Control Fiscal.

De conformidad con la citada Sentencia, cuando el Estado entrega a una persona jurídica fondos o bienes para conformar su capital, convirtiéndose en socio de la entidad, se habla de participaciones, evento en el cual el control fiscal a las "participaciones", se llevará a cabo de manera directa sobre toda la entidad y no sólo sobre el aporte estatal por cuanto lo que recibe la persona jurídica son recursos de un socio que integrarán su capital.

2. CONCEPTO EE69122 de Diciembre 03 de 2010.

TEMA: LEY DE GARANTÍAS/- Aplicación.

La Ley Estatutaria N°. 996 de 2005, llamada Ley de Garantías, "Por medio de la cual se reglamenta la elección de Presidente de la República, de conformidad con el artículo 152 lit. f) de la Constitución Política de Colombia, y de acuerdo con lo establecido en el Acto Legislativo 02 de 2004, y se dictan otras disposiciones", reglamenta lo pertinente a la elección del Presidente y Vicepresidente de la República,

3. CONCEPTO EE70585 de Diciembre 11 de 2010.

TEMA: CONTRATACIÓN ESTATAL/ Contratación de obras públicas con fundaciones sin ánimo de lucro de carácter mixto.

Para efectos de la contratación estatal, las Fundaciones Mixtas reguladas en el Art. 96 de la Ley 489 de 1998, si están conformadas por entidades territoriales o por entidades descentralizadas de dichas entidades territoriales, en los procesos de selección de contratistas, deben participar en igualdad de condiciones que los particulares, cuando el objeto del contrato sea de aquellos que pueda ser prestado indistintamente por cualquier particular

4. CONCEPTO EE70823 de Diciembre 14 de 2010.

TEMA: PLAN DE MEJORAMIENTO/- Sanción por incumplimiento.

La sanción que se le aplica a un funcionario público por el incumplimiento a un Plan de Mejoramiento de la CGR, será una multa, equivalente al valor de cinco (5) salarios devengados por el sancionado (ciento cincuenta 150 días) para la época de los hechos, lo anterior de acuerdo a la Ley 42 de 1993, la Resolución Orgánica 5554 de 2004 y la Resolución Orgánica 5580 de la misma anualidad.

SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS

1. CONCEPTO SSPD- OJ-2009 -763 de Septiembre 22 de 2009.

TEMA: EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS MIXTAS/ Aplicación ley de garantías electorales.

De otra parte, toda vez que el mencionado concepto No. 1.727 advirtió que la intención del artículo 33 de la ley 996 de 2005, no fue la de excluir de su aplicación a las entidades que no encajaran dentro de la noción de rama ejecutiva, y que la sentencia C-736 de 2007, en sus consideraciones, incluyó dentro de la rama ejecutiva a las empresas de servicios públicos mixtas y a las privadas con cualquier porcentaje de participación pública, esta Superintendencia también corrige y recoge su posición anterior, manifestando que dichas empresas sí se encuentran sujetas a las disposiciones de la ley 996 de 2005 o "*ley de garantías*".

CONSEJO EDITORIAL

LUIS GUILLERMO CANDELA CAMPO
Director Oficina Jurídica

CAROLINE DEYANIRA URREGO MORENO
Asesora de Gestión Grupo SINOR

LIDA CONSUELO HINCAPIÉ GUTIÉRREZ
Relatora Jurídica Grupo SINOR

Bibliografía:

- Carpetas de documentación consecutiva de la Oficina Jurídica.
- Informativos Notifax, Notinet y Noticiero oficial.
- Página WEB www.contraloriagen.gov.co
- Página WEB www.ramajudicial.gov.co

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero Ponente: Gustavo Aponte Santos
Bogotá D.C., quince (15) de diciembre de dos mil nueve (2009).-

Rad. No. 11001-03-06-000-2007-00077-00
Número interno 1.852 Ampliación.

Referencia: ENAJENACIÓN DE ACTIVOS DE
ENTIDADES PÚBLICAS A CENTRAL DE INVERSIONES
S.A. – CISA.

Avalúo comercial de los bienes y determinación del precio
mínimo de venta.

Cumplimiento del procedimiento legal.

El señor Ministro de Hacienda y Crédito Público, doctor Oscar Iván Zuluaga Escobar, formula a la Sala una consulta tendiente a determinar si el alcance del Concepto No. 1852 del 15 de noviembre de 2007, en el cual se considera que hay daño patrimonial al Estado por el pago de multas, sanciones o intereses de mora de una entidad pública a otra, se extiende a otro tipo de transacciones, como la compraventa de activos que realiza Central de Inversiones S.A. – CISA a otras entidades públicas, de conformidad con el procedimiento legal y el precio establecido por el modelo de valoración.

1. ANTECEDENTES

El Ministro expresa que la Contraloría General de la República ha manifestado en varios Conceptos, los Nos. 80112-0070(A) del 15 de enero de 2001, 80112-2480 del 26 de julio de 2001 y 80112-EE17314 del 22 de marzo de 2006, que en las relaciones económicas entre entidades del Estado no se da el detrimento patrimonial por el principio de unidad de caja, pues mientras los recursos públicos no salgan de la órbita patrimonial del Estado, no hay una lesión económica sino una transferencia de recursos.

Anota que las entidades del Estado y en especial las pertenecientes al Sector Hacienda, comparten dicha opinión por considerarla técnica y jurídicamente adecuada a la respectiva normatividad, pero que también comparten el Concepto que emitió la Sala de Consulta y Servicio Civil, identificado con el No. 1852 del 15 de noviembre de 2007, en el sentido de que sí hay detrimento patrimonial cuando las entidades públicas cancelan sumas de dinero a otras por causa de multas, sanciones o intereses de mora, "pues el principio de unidad de caja no excluye la responsabilidad de quien, por su culpa, genera gastos injustificados a su propia entidad".

Agrega el Ministro que una de las transacciones importantes que se hacen entre las entidades estatales, es la enajenación de activos a la Central de Inversiones S.A. – CISA, efectuada de acuerdo con los lineamientos de política definidos en los documentos CONPES 3251 de 2003 y 3493 de 2007, con base en el modelo de valoración de esa entidad, establecido en diversas normas, como los decretos 4848 de 2007 y 4444 de 2008.

Dicho modelo tiene en cuenta diversas variables, como el valor del avalúo, la tasa de descuento, etc., para fijar el precio mínimo de venta a CISA, sin que haya sido objetado por los entes de control.

Finaliza diciendo el Ministro:

"Algunos funcionarios del citado ente de control (alude a la Contraloría General de la República), en una interpretación equivocadamente extensiva a nuestro entender, han considerado que el concepto emitido el 15 de noviembre de 2007 por esa Corporación, podría extenderse a otros eventos, entre ellos las transacciones entre entidades públicas, como son la venta de activos a Central de Inversiones S.A.".

2. INTERROGANTE

El Ministro presenta el siguiente interrogante:

"¿El alcance del concepto del 15 de noviembre de 2007, el cual considera que puede haber detrimento cuando una entidad paga a otra sanciones, multas o intereses de mora, y que

comparte este Ministerio, tiene relación alguna o se extiende a otro tipo de transacciones, por ejemplo a la compraventa de activos que realiza Central de Inversiones a otras entidades públicas, conforme al procedimiento legal y al precio establecido por el modelo de valoración, a sabiendas de que dichas transacciones no recaen sobre multas, intereses de mora o sanciones en que haya incurrido la entidad?

3. CONSIDERACIONES

3.1 Observación inicial.

El Concepto No. 1852 del 15 de noviembre de 2007, emitido ante consulta del Ministro del Interior y de Justicia, formulada a solicitud de la Auditoría General de la República, y cuya publicación está debidamente autorizada, señaló en las dos primeras respuestas lo siguiente:

"1 y 2. De acuerdo con lo dispuesto en las leyes 42 de 1993 y 610 de 2000, en concordancia con el Estatuto Orgánico del Presupuesto, cuando una entidad u organismo de carácter público paga a otro de su misma naturaleza una suma de dinero por concepto de multas, intereses de mora o sanciones, se produce un daño patrimonial. Dicho daño puede dar lugar a responsabilidad fiscal del gestor fiscal comprometido, cuando en el proceso de responsabilidad se pruebe que existió una conducta dolosa o gravemente culposa y el nexo causal entre ésta y el daño.

El pago que una entidad u organismo público efectúe por estos conceptos a otra de su misma naturaleza, presupuestal y contablemente es un gasto que merma su patrimonio y no una mera operación de transferencia de recursos entre entes públicos".

La Sala observa que la presente consulta busca precisar el alcance de dicho Concepto, para establecer si puede existir daño patrimonial al Estado cuando se ejecuta la enajenación de activos de entidades públicas a Central de Inversiones S.A. – CISA, cumpliendo la reglamentación especial vigente, que como se advierte es un tema distinto, en la medida en que alude a **contratos de compraventa entre entidades públicas** y no al pago de multas, sanciones o intereses de mora entre dichas entidades.

3.2 El daño patrimonial al Estado.

La Sala estima conveniente recordar la noción legal de daño patrimonial al Estado, sin que sea necesario hacer un nuevo análisis en torno a esta figura. El artículo 6º de la ley 610 de 2000, "Por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías", lo define en los siguientes términos:

"Artículo 6º.- Daño patrimonial al Estado.- Para efectos de ésta ley se entiende por daño patrimonial al Estado la **lesión del patrimonio público, representada en el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, (uso indebido) o deterioro de los bienes o recursos públicos, o a los intereses patrimoniales del Estado¹, producida por una gestión fiscal antieconómica, ineficaz, ineficiente, (inequitativa)² e inoportuna, que en términos generales, no se aplique al cumplimiento de los cometidos y de los fines esenciales del Estado, particularizados por el objetivo funcional y organizacional, programa o proyecto de los sujetos de vigilancia y control de las contralorías.**

Dicho daño podrá ocasionarse por acción u omisión de los servidores públicos o por la persona natural o jurídica de derecho privado, que en forma dolosa o culposa produzcan directamente o contribuyan³ al detrimento al patrimonio público" (Resalta la Sala).

Conforme se aprecia, este daño consiste fundamentalmente en una lesión del patrimonio público, representada en el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida o deterioro de los bienes o recursos públicos o de los intereses patrimoniales del Estado, por una mala gestión fiscal, fenómeno que sucede en el caso del pago de multas, sanciones e intereses de mora, de una entidad pública a otra, debiéndose analizar si, en el plano normativo, tal daño ocurriría en otra clase de transacciones, como la venta de bienes de las entidades públicas a la Central de Inversiones S.A. – CISA, conforme al procedimiento y precio legales.

3.3 La Central de Inversiones S.A. – CISA.

En la actualidad, la Central de Inversiones S.A. – CISA, es una sociedad de economía mixta, vinculada al Ministerio de Hacienda y Crédito Público⁴ y sujeta en sus actos y contratos al régimen de derecho privado.

1 La expresión "o a los intereses patrimoniales del Estado" es exequible, de acuerdo con la sentencia C-340 del 9 de mayo de 2007 de la Corte Constitucional.

2 Las expresiones "uso indebido" e "inequitativa", señaladas entre paréntesis, fueron declaradas inexecutable, mediante la sentencia C-340/07 de la Corte Constitucional.

3 La expresión "contribuyan" es exequible, según la sentencia C-840 del 9 de agosto de 2001 de la Corte Constitucional.

4 La constitución de la sociedad se efectuó mediante la escritura pública No. 1084 del 5 de marzo de 1975, otorgada en la Notaría 4ª de Bogotá D.C., inscrita en la Cámara de Comercio de la misma ciudad el 26 de marzo de 1975 bajo el No. 25.471 del Libro IX.

El objeto social de CISA se encuentra contemplado en el artículo 1º del decreto 3409 del 10 de septiembre de 2008, el cual dispone:

“Artículo 1º.- Modifícase el artículo segundo del Decreto 4819 de 2007, modificado por el artículo primero del Decreto 1207 de 2008, el cual quedará así:

‘Artículo 1º.- Objeto.- CISA tendrá por objeto gestionar, adquirir, administrar, comercializar, cobrar, recaudar, intermediar, enajenar y arrendar, a cualquier título, toda clase de bienes inmuebles, muebles, acciones, títulos valores, derechos contractuales, fiduciarios, crediticios o litigiosos, incluidos derechos en procesos liquidatorios, **cuyos propietarios sean entidades públicas de cualquier orden o rama, organismos autónomos e independientes previstos en la Constitución Política y en la ley, o sociedades con aportes estatales de régimen especial y patrimonios autónomos titulares de activos provenientes de cualquiera de las entidades descritas, así como prestar asesoría técnica y profesional a dichas entidades en el diagnóstico y/o valoración de sus activos y sobre temas relacionados con el objeto social.**

(...)”

Es claro que CISA está habilitada para **adquirir** toda clase de bienes que sean de propiedad de entidades públicas de cualquier nivel (nacional o territorial) o rama (ejecutiva, legislativa o jurisdiccional) o de organismos autónomos e independientes previstos en la Constitución y en la ley (como la Contraloría General de la República, la Comisión Nacional de Televisión, etc.) o sociedades con participación estatal y régimen especial, o patrimonios autónomos constituidos en fiducia por las entidades mencionadas.

3.4 La enajenación de bienes de entidades estatales a CISA.

El artículo 20 de la ley 226 de 1995, “Por la cual se desarrolla el artículo 60 de la Constitución Política en cuanto a la enajenación de la propiedad accionaria estatal, se toman medidas para su democratización y se dictan otras disposiciones”, establece:

“Artículo 20.- La enajenación accionaria que se realice entre órganos estatales no se ajusta al procedimiento previsto en esta ley, sino que para este efecto, se aplicarán únicamente las reglas de contratación administrativa vigentes. **Así mismo, la venta de activos estatales distintos de acciones o bonos obligatoriamente convertibles en acciones, sólo se sujetarán (sic) a las reglas generales de contratación”⁵** (Resalta la Sala).

Como lo dispone esta norma, la venta de activos entre entidades estatales se sujeta a las reglas generales de contratación, que en el caso de tales entidades se encuentra regulada por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, consignado en la ley 80 de 1993 y normas modificatorias y complementarias. Al respecto, la Sala encuentra que el artículo 2º de la ley 1150 de 2007, por medio de la cual se modificó la ley 80 y se dictaron disposiciones generales sobre la contratación con recursos públicos, establece el procedimiento para la enajenación de bienes de las entidades estatales.

Es así que el literal e) del numeral 2º del artículo 2º de la ley 1150 de 2007 dispone que una de las causales para efectuar el procedimiento de selección abreviada del contratista por parte de la entidad estatal, es:

“LEY 1150 DE 2007.

(...)

Artículo 2º. De las modalidades de selección. La escogencia del contratista se efectuará con arreglo a las modalidades de selección de licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos y contratación directa, con base en las siguientes reglas:

1. Licitación pública. (...)

2. Selección abreviada. La Selección abreviada corresponde a la modalidad de selección objetiva prevista para aquellos casos en que por las características del objeto a contratar, las circunstancias de la contratación o la cuantía o destinación del bien, obra o servicio, puedan adelantarse procesos simplificados para garantizar la eficiencia de la gestión contractual.

El Gobierno Nacional reglamentará la materia.

Serán causales de selección abreviada las siguientes:

⁵ El artículo 20 de la ley 226/95 fue declarado exequible por la Corte Constitucional, en sentencia C-392 del 22 de agosto de 1996. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

(...)

e. La enajenación de bienes del Estado, con excepción de aquellos a que se refiere la Ley 226 de 1995.

En los procesos de enajenación de los bienes del Estado se podrán utilizar instrumentos de subasta y en general de todos aquellos mecanismos autorizados por el derecho privado, siempre y cuando en desarrollo del proceso de enajenación se garantice la transparencia, la eficiencia y la selección objetiva.

En todo caso, para la venta de los bienes se debe tener como base el valor del avalúo comercial y ajustar dicho avalúo de acuerdo a los gastos asociados al tiempo de comercialización esperada, administración, impuestos y mantenimiento, para determinar el precio mínimo al que se debe enajenar el bien, de conformidad con la reglamentación que para el efecto expida el Gobierno nacional.

(...)” (Destaca la Sala).

Se aprecia claramente que la norma fija como base el valor del avalúo comercial para la venta de bienes de la entidad estatal, el cual se ajusta con los factores de tiempo de comercialización esperada, administración, impuestos y mantenimiento, para establecer el precio mínimo de enajenación del bien, todo según la reglamentación del Gobierno, la cual se desarrolla en el decreto 4444 de 2008.

En efecto, el decreto 4444 del 25 de noviembre de 2008, “Por medio del cual se reglamenta parcialmente el literal e) del numeral 2º del artículo 2º de la Ley 1150 de 2007”, señala en su artículo 1º dentro de su ámbito de aplicación, “la enajenación de bienes del Estado por parte de las entidades estatales sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”, con tres excepciones:

- 1) La de los bienes a cargo del Fondo para la Rehabilitación, Inversión Social y Lucha contra el Crimen Organizado, de la Dirección Nacional de Estupefacientes, la cual se sujeta al decreto 1170 de 2008.
- 2) La de las acciones y bonos obligatoriamente convertibles en acciones, de propiedad del Estado, y de la participación estatal en el capital social de cualquier empresa, que sigue las disposiciones de la ley 226 de 1995.
- 3) La de los bienes de las entidades en liquidación, que se somete a las reglas del decreto ley 254 de 2000, con las modificaciones introducidas por la ley 1105 de 2006.

Enseguida, el mencionado decreto reglamenta en detalle el proceso de selección abreviada para la enajenación de los bienes de las entidades estatales, los mecanismos de enajenación, la determinación del avalúo comercial y del precio mínimo de venta de los bienes inmuebles (arts. 10 y 11) y de los bienes muebles (arts. 12 y 13) y las reglas especiales para la enajenación de los primeros (arts. 14 a 20) y de los segundos (arts. 21 y 22).

En relación con el punto que interesa a la consulta, el artículo 24 del decreto 4444 de 2008 dispone:

“Artículo 24.- Enajenación onerosa de bienes a Central de Inversiones S.A. –CISA.- La entidad pública propietaria podrá enajenar los bienes de que trata el presente decreto a título oneroso a Central de Inversiones S.A. – CISA mediante contrato interadministrativo en el cual se estipularán las condiciones de venta.

El valor de transferencia a Central de Inversiones S.A. – CISA se acordará entre las partes, para lo cual, aplicarán los modelos de valoración adoptados por la Junta Directiva de ésta, de acuerdo con la naturaleza del bien. Para bienes inmuebles y muebles el modelo de valoración de Central de Inversiones, partirá del avalúo comercial cuya definición se encuentra contenida en los artículos 10 y 12 del presente decreto.

Parágrafo.- Mientras se desarrollan los procesos de enajenación o se perfecciona la transferencia de los bienes a Central de Inversiones S.A., la entidad pública enajenante podrá entregar en administración la totalidad o parte de sus bienes a Central de Inversiones S.A. – CISA, para que ésta se encargue de realizar todas las actividades propias de la administración, saneamiento, mantenimiento y recuperación de los bienes en contraprestación del reembolso de los gastos directos y de una comisión” (Resalta la Sala).

Como se ve, esta norma otorga la facultad a las entidades públicas de enajenar bienes a CISA, pero siempre partiendo de la base del avalúo comercial del bien, conforme se determina en los artículos 10 y 12 del mismo decreto, según que sean inmuebles o muebles, y dando aplicación al modelo de valoración establecido por la Junta Directiva de CISA, de lo cual se desprende que el precio o valor de transferencia que convengan las partes en la negociación, debe estar precedido

del procedimiento legal y fundamentado en el mencionado modelo de valoración, de manera que, si así se cumple, no se puede presentar un daño patrimonial al Estado, en los términos del artículo 6° de la ley 610 de 2000, arriba citado.

No obstante, si no se observa correctamente el procedimiento consagrado en la citada normatividad, como en cualquier actuación administrativa podría presentarse un daño patrimonial al Estado, y si se comprueba que el gestor fiscal actuó con dolo o culpa grave incurriría en la respectiva responsabilidad fiscal.

3.5 La venta de activos de las entidades públicas en liquidación a CISA.

Ahora bien, en el caso de las entidades públicas en liquidación, se debe acudir a la legislación específica, contemplada en el decreto ley 254 de 2000, "Por el cual se expide el régimen para la liquidación de las entidades públicas del orden nacional", modificado y adicionado por la ley 1105 de 2006.

En efecto, el artículo 1° de esta ley dispone:

"Artículo 1°.- El artículo 1° del Decreto – ley 254 de 2000 quedará así:

'Artículo 1°.- Ámbito de aplicación.- La presente ley se aplica a las entidades públicas de la Rama Ejecutiva del orden nacional, respecto de las cuales se haya ordenado su supresión o disolución. La liquidación de las sociedades públicas, las sociedades de economía mixta en las que el Estado posea el noventa por ciento (90%) o más de su capital social y las empresas sociales del Estado, se sujetarán a esta ley.

Los vacíos del presente régimen de liquidación se llenarán con el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y las normas que lo desarrollan.

Aquellas que por su naturaleza tengan un régimen propio de liquidación, contenido en normas especiales, una vez decretada su supresión o disolución realizarán su liquidación con sujeción a dichas normas.

Parágrafo 1°.- Las entidades territoriales y sus descentralizadas, cuando decidan suprimir o disolver y liquidar una entidad pública de dicho nivel, se regirán por las disposiciones de esta ley, adaptando su procedimiento a la organización y condiciones de cada una de ellas, de ser necesario, en el acto que ordene su liquidación⁶

Parágrafo 2°.- Las entidades de orden territorial que se encuentren en proceso de liquidación a la fecha de entrada en vigencia de esta ley, podrán acogerse en lo pertinente a lo dispuesto en la presente ley' " (Destaca la Sala).

Conforme se aprecia, el régimen establecido por el decreto ley 254/00 con las modificaciones de la ley 1105/06, se aplica de manera general, a las entidades públicas nacionales en liquidación y las del orden territorial que también estén en liquidación, pero en este caso, con las condiciones señaladas en el primer párrafo.

Ahora bien, respecto del tema objeto de la consulta, conviene mencionar que los artículos 16 y 17 de la ley 1105 de 2006 modificaron los artículos 30 y 31 del decreto ley 254 de 2000, relacionados con la enajenación de activos a otras entidades públicas y a terceros, respectivamente, y el 18 adicionó con los numerales 6 y 7 el artículo 32 del citado decreto ley, referente al pago de obligaciones, señalando que corresponde al liquidador cancelar las obligaciones pendientes a cargo de la masa de la liquidación, previa disponibilidad presupuestal, con el fin de realizar su liquidación progresiva, y teniendo en cuenta las siguientes reglas:

"7. Se podrán aplicar las reglas previstas en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y en las normas que lo desarrollen para los eventos en que existan activos que no han podido ser enajenados o situaciones jurídicas que no hayan podido ser definidas" (Resalta la Sala).

La reglamentación de estas normas se produjo mediante el decreto 4848 del 18 de diciembre de 2007, "Por medio del cual se reglamentan los artículos 30 y 31 del Decreto – Ley 254 de 2000, modificados por los artículos 16 y 17 de la Ley 1105 de 2006", el cual, respecto del punto que interesa a la consulta, dispone en el artículo 4° lo siguiente:

"Artículo 4°.- Enajenación onerosa de activos a Central de Inversiones S.A.- Si transcurrido un (1) año a partir de la publicación del decreto que ordene la supresión y liquidación de la entidad, no se hayan enajenado los activos que habiendo sido ofrecidos no se hubieren recibido posturas de las entidades públicas o de terceros; o no se hayan adjudicado, la entidad propietaria deberá enajenarlos a título oneroso a CENTRAL DE INVERSIONES S.A. – CISA, mediante contrato interadministrativo en el cual se estipularán las condiciones de la venta.

⁶ La expresión subrayada "en el acto que ordene la liquidación" es exequible, según sentencia C-735 del 19 de septiembre de 2007 de la Corte Constitucional.

El valor de transferencia a CENTRAL DE INVERSIONES S.A. – CISA se establecerá conforme a los modelos de valoración adoptados por su Junta Directiva.

Parágrafo 1º.- Sin perjuicio de lo previsto en el presente artículo, en el evento en que el liquidador haya agotado los trámites establecidos en los artículos 16 y 17 de la ley 1105 de 2006 en un término inferior a un (1) año, sin que se hubiere logrado la venta o adjudicación, el liquidador podrá realizar la enajenación a título oneroso a CENTRAL DE INVERSIONES S.A. – CISA.

Parágrafo 2º.- El liquidador podrá contratar con CENTRAL DE INVERSIONES S.A. – CISA, la gestión comercial, el saneamiento, el mantenimiento y la recuperación de los activos en contraprestación de una comisión.

Parágrafo 3º.- Aquellas entidades públicas en liquidación que por mandato legal ya han sido autorizadas para vender o entregar en administración sus activos a CENTRAL DE INVERSIONES S.A. – CISA, estarán exentas de la aplicación del procedimiento aquí señalado y para el efecto podrán contratar directamente con ésta" (Destaca la Sala).

Como se advierte, en el caso de venta de activos de entidades públicas en liquidación a CISA, se deben cumplir las condiciones fijadas en esta disposición y en especial, es indispensable hacer la determinación del precio o valor de transferencia, de conformidad con el modelo de valoración adoptado por la Junta Directiva de CISA, de forma que, si el gestor fiscal actúa de acuerdo con la ley y el reglamento, no incurre en un daño o lesión al patrimonio del Estado, según el artículo 6º de la ley 610 de 2000, pues es claro que la negociación se debe efectuar siguiendo los lineamientos legales señalados.

Sin embargo, en caso de presentarse en la venta un daño patrimonial al Estado causado por el dolo o la culpa grave del o los servidores públicos intervinientes, éstos deberán responder fiscalmente.

LA SALA RESPONDE

El alcance del Concepto No.1852 del 15 de noviembre de 2007, el cual considera que se produce un daño patrimonial al Estado, cuando una entidad pública paga a otra multas, sanciones o intereses de mora, no se extiende a otro tipo de transacciones, como la compra de activos que realiza Central de Inversiones S.A. – CISA a otras entidades públicas, si se actúa conforme al procedimiento legal.

No obstante, si uno o varios de los servidores públicos intervinientes en la negociación, como en cualquier operación administrativa, se apartan del procedimiento y causan un daño patrimonial al Estado, originado en su dolo o en su culpa grave, éstos deberán responder fiscalmente.

Transcribase al señor Ministro de Hacienda y Crédito Público. Igualmente, envíese copia a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

WILLIAM ZAMBRANO CETINA
Presidente de la Sala

GUSTAVO APONTE SANTOS

ENRIQUE J. ARBOLEDA PERDOMO

LUIS FERNANDO ALVAREZ JARAMILLO

JENNY GALINDO HUERTAS
Secretaria de la Sala

CONSEJO DE ESTADO SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL



Bogotá, D.C., tres (3) de septiembre de 2009

Consejero Ponente: Enrique José Arboleda Perdomo

Radicación No. 1.95711001-03-06-000-2009-00039-00

Referencia: Enajenación de bienes inmuebles fiscales. Sujeción al Estatuto de Contratación.

La señora Ministra de Educación Nacional, doctora Cecilia María Vélez White, formula a la Sala las siguientes preguntas:

✕   La celebración y ejecución de un convenio de asociación, según lo establecido en la Ley 489 de 1998, artículo 96, entre el Ministerio de Educación Nacional y la Fundación para el Fomento de la lectura FUNDALECTURA, para la realización de un programa acorde con el Plan

Nacional de Desarrollo, en el que el aporte del MEN está representado en la entrega del dominio del inmueble de su propiedad, que actualmente sirve de sede a Fundalectura, contradice alguna norma de nuestro ordenamiento jurídico?

¿En virtud de las competencias del Ejecutivo en materia de celebración de contratos entre el Estado y las entidades sin ánimo de lucro, de reconocida idoneidad (como lo establece el inciso 2° del artículo 355 de la Constitución Política), se encuentra regulada por vía general esta situación o se podría regular la materia sobre la cual versa esta consulta (enajenación de inmuebles a entidades privadas sin ánimo de lucro, en desarrollo de programas de interés público acordes con el Plan de Desarrollo)?

¿Tiene aplicabilidad al caso descrito en la consulta, y en tal caso cuál sería, el Decreto 055 del 14 de febrero de 2007 del Distrito Capital de Bogotá, "Por el cual se asigna en las Secretarías de Despacho la función de autorizar a las entidades adscritas y vinculadas a su respectivo sector, la celebración de contratos de apoyo, convenios de asociación y la enajenación de Bienes Fiscales a entidades sin ánimo de lucro. "?

¿En este caso es aplicable el artículo 36 de la ley 9ª de 1989, que contempla la enajenación de inmuebles de entidades públicas a entidades privadas sin ánimo de lucro sin licitación pública, siempre y cuando medie la autorización, en este caso del Alcalde Mayor de Bogotá, por hallarse el inmueble en su jurisdicción, teniendo en cuenta la destinación del inmueble como infraestructura social en los campos de la educación y la cultura?

¿Puede diferenciarse la opción de enajenación planteada en esta consulta de otro tipo de enajenación de inmuebles de propiedad de la Nación, bien sea a título oneroso o gratuito?

¿Constituye requisito que el inmueble a enajenar no sea necesario para la normal ejecución directa de sus funciones por parte de la Nación — Ministerio de Educación Nacional?

¿Debe la Nación — Ministerio de Educación Nacional realizar un estudio escrito sobre la necesidad o no de la titularidad del derecho de propiedad del inmueble para la correcta ejecución de dichas funciones, relacionado aspectos atinentes a gastos del bien, en los que se prevean los de pagos de impuestos y acreencias afines, entre otros? "

La consulta se refiere a FUNDALECTURA, entidad privada sin ánimo de lucro, reconocida por la ley 98 de 1993 "como organismo asesor del Gobierno para la formulación de planes y programas de fomento de la lectura", y la propuesta que esta Fundación ha hecho al Ministerio de Educación Nacional en el sentido de "desarrollar un programa de interés nacional acorde con el actual Plan Nacional de Desarrollo", en los términos del artículo 355, inciso segundo, de la Constitución, para lo cual el Ministerio y la Fundación celebrarían un convenio de asociación de los previstos en el artículo 96 de la ley 489 de 1998; FUNDALECTURA asumiría todos los costos del programa, los cuales superarían el valor comercial del inmueble de propiedad de la Nación — Ministerio de Educación Nacional, que la misma Fundación detenta en virtud de un contrato de comodato próximo a expirar.

Finalizado el convenio de asociación, la Nación — Ministerio de Educación Nacional "transferiría, como forma de pago de su aporte en el convenio, la propiedad del inmueble a la Fundación."

En criterio del Ministerio consultante, el fundamento jurídico estaría en los artículos 67, 70 y 71 de la Carta, atinentes a los derechos ciudadanos y las responsabilidades estatales en materia de educación, acceso a la cultura y libertad en la búsqueda del conocimiento y la expresión artística; y desde el punto de vista fáctico, la transferencia en cuestión aseguraría que el inmueble continúe "de manera permanente y definitiva" como sede de FUNDALECTURA y de los programas de impacto nacional que ella ejecuta.

Para responder la Sala CONSIDERA:

Con la consulta se busca identificar el instrumento jurídico por el cual la Nación podría transferir la propiedad que detenta sobre un inmueble fiscal, a una fundación privada sin ánimo de lucro que tiene por objeto el desarrollo de actividades relacionadas con los derechos y servicios constitucionales referidos a la educación, la cultura y el conocimiento.

¹ Ley 98 de 1993 (Diciembre 22), "Por medio de la cual se dictan normas sobre democratización y fomento del libro colombiano", Diario Oficial No. 41.151, diciembre 23 de 1993. Art. 31: "Reconócese la Fundación para el Fomento de la Lectura -Fundalectura-, como entidad que promueve la lectura en el país y en consecuencia como organismo asesor del Gobierno para la formulación de planes y programas de fomento de la lectura."

Como se desarrollará a continuación, en el punto primero de este concepto examinará la Sala los artículos 96 de la ley 489 de 1998, 355 de la Constitución Política y 36 de la ley 9ª de 1989, invocados en la consulta; y en el punto segundo, analizará las disposiciones vigentes en materia de enajenación de la propiedad de bienes fiscales nacionales, que corresponden a las leyes 708 de 2001, 80 de 1993 y 1150 de 2007, y sus reglamentos específicos.

Las hipótesis jurídicas de la consulta

a) Los artículos 96 de la ley 489 de 1998 y 355 constitucional:

Los dos primeros incisos del artículo 96 de la ley 489 de 1998 regulan los "convenios de asociación" que pueden suscribir las entidades estatales de todo orden, con "personas jurídicas particulares... de conformidad con lo dispuesto por el artículo 355 de la Constitución Política."

El artículo 355 de la Carta prohíbe a "todas las ramas u órganos del poder público... decretar auxilios o donaciones a favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado"; pero también autoriza a los gobiernos nacional y territorial, para que "con recursos de los respectivos presupuestos [... celebren...] contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el plan nacional y los planes seccionales de desarrollo"; y faculta al gobierno nacional para reglamentar esta contratación.

Esta Sala ha analizado en distintas oportunidades los antecedentes y el alcance de las disposiciones contenidas en el artículo 355 superior², las cuales pueden resumirse en que la autorización al Congreso de la República dada en la reforma constitucional de 1968 para "fomentar las empresas útiles o benéficas dignas de estímulo o apoyo", devino en distintas formas de desviación de los recursos públicos. El tema fue objeto de debates en la Asamblea Nacional Constituyente y concluyó en la adopción del artículo 355 para prohibir la transferencia a los particulares, a título gratuito, de recursos públicos, permitiendo "que se continuara con las labores de fomento y apoyo sólo mediante contrato y con unos estrictos requisitos"; contratos que "se estructuran bajo la idea de que lo que se busca realmente es una suerte de alianza de fuerzas públicas y privadas para lograr un mismo propósito... Así, no podría darse un contrato conmutativo, en el cual se advierta un intercambio o venta de bienes y servicios, sino un convenio para colaborar en el cumplimiento de sus misiones, lo que se permite al coincidir el objeto social del privado que actúe sin ánimo de lucro con la actividad que el Estado quiere impulsar".³

² Por vía de ejemplo se citan: Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 24 de febrero de 2005, Rad. No. 1626, C. P. Gloria Duque Hernández; Concepto del 31 de agosto de 2005, Rad. No. 1666, C. P. Luis Fernando Álvarez Jaramillo; Concepto del 23 de febrero de 2006, Rad. No. 11001-03-06000-2005-01710-00, C. P. Luis Fernando Álvarez Jaramillo; Concepto del 25 de septiembre de 2008, Rad. No. 11001-03-06-000-2008-00040-00(1911), C. P. Enrique José Arboleda Perdomo.

³ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 25 de septiembre de 2008, Rad. No. 11001-03-06-000-2008-00040-00(1911). Publicación autorizada con oficio OF108-37063 de diciembre 2 de 2008.

Los estrictos requisitos establecidos por la norma superior hacen referencia a que el particular con el que se contrata sea una "entidad", esto es, una persona jurídica, sin ánimo de lucro y de "reconocida idoneidad"; y a que el objeto contractual, además de corresponder al objeto social de la entidad sin ánimo de lucro, corresponda a programas y actividades de interés público, acordes con el plan nacional o los planes seccionales de desarrollo.

El mismo artículo 355 constitucional habilitó al gobierno para reglamentar esta actividad contractual; al efecto expidió y se encuentra vigente el decreto 777 de 1992, con las modificaciones introducidas por el decreto 1403 del mismo año 4 ; de manera que a más de los requisitos constitucionales deberán observarse los reglamentarios contenidos en los decretos en mención.

Entre las disposiciones del decreto 777, la Sala destaca las relativas a la disponibilidad presupuestal y al registro presupuestal, como requisitos previo y posterior a la celebración del respectivo contrato⁴, que guardan coherencia con el texto del inciso segundo del artículo 355 constitucional en cuanto éste circunscribe el fomento de las actividades privadas a la existencia de los recursos presupuestales.

Aunque la Sala ha tenido la oportunidad de analizar ampliamente el artículo 355 de la Carta, la consulta que ahora resuelve la lleva a destacar un elemento de ésta que no había sido objeto de profundización. Veamos:

El artículo 355 es el último de los artículos que conforman el capítulo III, "Del presupuesto", Título XII, "Del régimen económico y de la Hacienda Pública", en la Constitución; y además, dice textualmente la parte pertinente de su inciso segundo:

"El gobierno, en los niveles nacional, departamental, distrital y municipal podrá, con recursos de los respectivos presupuestos, celebrar contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro... "

La Sala concluye que tanto por su ubicación en el contexto de la Carta como por la precisión en el uso de los términos, la expresión "recursos de los respectivos presupuestos" no pudo ser más explícita en cuanto a la intención del constituyente de restringir el fomento de actividades particulares a la disponibilidad de apropiaciones que sólo pueden haber sido decretadas por ley anterior y destinadas para cumplir el plan de desarrollo. En últimas se trata de que los recursos públicos que pueden comprometerse en los contratos autorizados por el artículo 355 son exclusivamente de naturaleza dineraria, pues a éstos corresponden las fuentes de ingresos relacionadas en la ley orgánica del presupuesto cuando desarrolla las

⁴ Decreto 777 de 1992 (mayo 16) "Por el cual se reglamentan la celebración de los contratos a que refiere el inciso segundo del artículo 355 de la Constitución Política% y Decreto 1403 de 1992 (agosto 26), "por el cual se modifica el Decreto 0777 de 1992"

⁵ Decreto 777/92, Art. 7°. "Antes de la celebración de los contratos se deberá expedir un "Certificado de Disponibilidad Presupuestal" suscrito por el Jefe de Presupuesto o quien haga sus veces en el organismo o entidad contratante, en el cual conste que dichos compromisos están amparados con apropiación presupuestal disponible." / Art. 14°. "Los contratos a que se refiere el presente Decreto estarán sujetos al respectivo registro presupuestal y al control fiscal posterior por parte de las respectivas Contralorías en los términos establecidos en los artículos 267, 268 y 272 de la Constitución Política."

normas constitucionales referentes al presupuesto de rentas. Para el nivel nacional dice el decreto 111 de 1996:

"Artículo 11: El presupuesto general de la Nación se compone de las siguientes partes:

"a) El presupuesto de rentas contendrá la estimación de los ingresos corrientes de la Nación; de las contribuciones parafiscales cuando sean administradas por un órgano que haga parte del presupuesto, de los fondos especiales, los recursos de capital y los ingresos de los establecimientos públicos del orden nacional; ...".

Los bienes inmuebles, por su parte, forman parte del patrimonio público pero como activos que se reflejan en la contabilidad pública, de acuerdo con el régimen correspondiente. Tanto los recursos monetarios como los bienes fiscales integran el patrimonio público, pero su naturaleza determina un régimen jurídico y económico diferente, de manera que la expresión "recursos de los respectivos presupuestos" excluye los bienes inmuebles.⁷

Por ello es que reuniendo FUNDALECTURA las exigencias constitucionales de ser persona jurídica sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad, al punto que el legislador la reconoció como órgano asesor del gobierno nacional en los temas relacionados con el fomento de la lectura, no puede celebrarse con ella uno de los contratos permitidos por el artículo 355 de la Carta, cuando el aporte público sea un bien inmueble.

⁶ 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".

⁷ Corte Constitucional, Sent. C-064-03: "... El patrimonio del Estado puede cobijar bienes de muy diverso contenido y naturaleza: muebles e inmuebles... Sobre este punto se observa, en primer lugar, que no hay definición constitucional de patrimonio del Estado, lo que obliga a acudir a los criterios generales señalados en la Carta Política sobre el particular. Por otro lado, la Corte considera que no es posible asimilar o confundir el concepto de patrimonio privado con el de patrimonio del Estado, puesto que éste involucra formas de propiedad como los bienes de uso público (C.Pol., art. 63), el patrimonio ecológico, el genético (C. Pol., arts. 8°, 79 y 80), el patrimonio cultural, el arqueológico (C. Pol., arts. 63 y 72) que no se asemejan a las formas de propiedad privada, precisamente porque tienen características diversas y persiguen fines distintos y se encuentran bajo la especial protección del Estado. Por tal razón, el concepto de patrimonio del Estado es propio del Derecho Público, lo que lógicamente se desprende del tipo de relación que surge sobre esos bienes, que no es igual al que tienen los particulares sobre la propiedad privada." / Régimen de Contabilidad Pública: "73. El Régimen de contabilidad pública contiene la regulación contable pública de tipo general y específico. La regulación contable pública de tipo general está contenida en el Plan General de Contabilidad Pública (PGCP). La regulación de tipo específico está contenida en el Manual de procedimientos y en la Doctrina Contable Pública. /.../ 9.1.1 Normas técnicas relativas a los activos... 141. Noción. Los activos son recursos tangibles e intangibles de la entidad contable pública obtenidos como consecuencia de hechos pasados, y de los cuales se espera que fluyan un potencial de servicios o beneficios económicos futuros, a la entidad contable pública en desarrollo de sus funciones de cometido estatal. Estos recursos, tangibles e intangibles, se originan en las disposiciones legales, en los negocios jurídicos y en los actos o hechos financieros, económicos, sociales y ambientales de la entidad contable pública. Desde el punto de vista económico, los activos surgen como consecuencia de transacciones que implican el incremento de los pasivos, el patrimonio o la realización de ingresos. También constituyen activos los bienes públicos que están bajo la responsabilidad de las entidades contables públicas pertenecientes al gobierno general. / 9.1.1.5 Propiedades, planta y equipo... 165. Noción. Las propiedades, planta y equipo comprenden los bienes tangibles de propiedad de la entidad contable pública que se utilizan para la producción y comercialización de bienes y la prestación de servicios, la administración de la entidad contable pública, así como los destinados a generar ingresos producto de su arrendamiento, y por tanto no están disponibles para la venta en desarrollo de actividades productivas o comerciales, siempre que su vida útil probable en condiciones normales de utilización, exceda de un año. Tratándose de las entidades contables públicas del gobierno general, incluye los bienes para el uso permanente recibidos sin contraprestación de otras entidades del gobierno general. /... 174. Las propiedades, planta y equipo deben reconocerse y revelarse de acuerdo con su naturaleza y capacidad de desplazamiento, en muebles, inmuebles, plantaciones y de locomoción propia. (...)

La restricción constitucional a "recursos de los presupuestos" comporta un efecto adicional, que

responde a una de las preguntas que se han formulado a la Sala y que hace referencia a la posibilidad de reglamentación de la norma superior, pues si bien ésta habilita directamente al Gobierno Nacional para el efecto, la competencia de éste queda claramente enmarcada en las expresiones incorporadas en el precepto habilitante y entonces en ejercicio de su competencia el gobierno nacional sólo puede referirse a los recursos presupuestales y no a otros recursos como los bienes inmuebles.

b) El artículo 36 de la ley 9ª de 1989

También plantea la consulta la posibilidad de transferir la propiedad del inmueble de la Nación a FUNDALECTURA dando aplicación al artículo 36 de la ley 9ª de 1989, conforme al cual "las entidades públicas podrán enajenar sus inmuebles sin sujeción al límite establecido en el artículo 35 de la presente ley⁹ y sin que medie licitación pública en los siguientes casos:... 2. Cuando se trate de una enajenación a una entidad sin ánimo de lucro, siempre y cuando medie la autorización del Gobernador, Intendente o Alcalde Mayor de Bogotá, en cuya jurisdicción se encuentre el inmueble. Estas enajenaciones estarán sometidas a condición resolutoria del derecho de dominio en el evento de que se le dé a los inmuebles un uso o destinación distinto al autorizado."

La ley 9ª de 1989⁹, conocida como la "ley de reforma urbana", reguló los asuntos relativos al desarrollo urbano de los municipios, áreas metropolitanas y sus áreas de influencia; su artículo 36 forma parte del Capítulo III, "De la adquisición de bienes por enajenación voluntaria y por expropiación", mediante los cuales el legislador autorizó y reglamentó la adquisición por parte de las entidades públicas de inmuebles para los fines relacionados en el artículo 10 de la misma ley 9ª, todos los cuales apuntan al desarrollo urbano.

El artículo 33 de la ley 9ª en estudio, ordenó a las entidades públicas en general, que los inmuebles que hubieran adquirido a cualquier título y los que adquirieran a partir de la vigencia de esa ley, debían aplicarse "a los fines para los cuales fueron adquiridos", y les dio un plazo de cinco años para que cumplieran tal obligación o procedieran a enajenarlos, con algunas excepciones¹¹; además, excluyendo a los municipios, las áreas metropolitanas y la Intendencia de San Andrés y Providencia, ordenó: "Todas las demás entidades públicas

⁹ El artículo 35, al que se refiere el artículo 36 parcialmente transcrito, establecía que cuando las entidades públicas enajenaran a los particulares los inmuebles adquiridos por expropiación o negociación directa voluntaria, el precio de venta no podría ser inferior al avalúo administrativo especial que practicara el Instituto Geográfico Agustín Codazzi o la entidad que cumpliera sus funciones. Este artículo fue derogado por el artículo 138 de la ley 388 de 1997.

⁹ Ley 9ª de 1989 (enero 11), "por la cual se dictan normas sobre planes de desarrollo municipal, compraventa y expropiación de bienes y se dictan otras disposiciones" O Ley 9V89, Art. 11 (original): "La Nación, las entidades territoriales, las áreas metropolitanas y asociaciones de municipios podrán adquirir por enajenación voluntaria o decretar la expropiación de inmuebles urbanos o suburbanos para desarrollar las actividades previstas en el artículo 10 de la presente Ley. Los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta asimiladas a las anteriores, de los órdenes nacional, departamental y municipal, que estén expresamente facultadas por sus propios estatutos para desarrollar alguna o algunas de las actividades previstas en el artículo 10 de la presente Ley, también podrán adquirir o decretar la expropiación de inmuebles urbanos o suburbanos, para el cumplimiento de dichas actividades. / Para los efectos de la presente Ley, son entidades públicas las enumeradas en el inciso anterior."

¹¹ Las excepciones se refieren a "los bienes adquiridos en desarrollo de los literales c), d), e) y k) del artículo

¹⁰ y los del artículo 56" de la ley 9ª de 1989.

enajenarán dichos bienes mediante el procedimiento de la licitación pública, salvo cuando se trate de la venta a los propietarios anteriores¹²⁰ cuando el precio base de la negociación sea inferior a trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales."

Entonces, las excepciones consagradas en el artículo 36 de la ley 9ª de 1989, relativas a la enajenación de inmuebles de propiedad de entidades públicas, tenían un contexto preciso de aplicación y dado su carácter de excepcionalidad no podían extenderse a otros casos sino interpretarse con referencia al texto legal que les daba sentido, como parte del procedimiento especial adoptado por el legislador para facilitar el cumplimiento de la obligación que les imponía vender los inmuebles que no podían destinar a los fines para los cuales habían sido adquiridos.

Agrega la Sala que la legislación posterior que pasará a analizarse en el punto siguiente de este concepto, permite concluir que el artículo 36 de la ley 9ª de 1989 así como el decreto 055 de 2007¹³, proferido por el señor Alcalde Mayor del Distrito Capital, no se aplican a la venta de inmuebles fiscales nacionales, de acuerdo con la legislación que se analiza enseguida.

II. La normatividad aplicable

Observa la Sala que el deber impuesto a las entidades públicas por la ley 9ª de 1989, de dar a sus inmuebles fiscales el destino para el cual habían sido adquiridos y en su defecto enajenarlos, fue reiterado por la ley 708 de 2001, para el nivel nacional. Pasa la Sala a explicar esta normatividad y su aplicación al caso consultado.

a) La ley 708 de 2001 y el decreto reglamentario 4637 de 2008

Los artículos 1º y 8º de la ley 708 de 2001¹⁴ establecen la finalidad, condiciones y procedimientos para la enajenación de los bienes inmuebles fiscales de propiedad de entidades del nivel nacional,

en los siguientes términos:

Artículo 1 ° "Las entidades públicas del orden nacional, de carácter no financiero, que hagan parte de cualquiera de las Ramas del Poder Público, así como los órganos autónomos e independientes, deberán transferir a título gratuito al Instituto Nacional de Vivienda de Interés Social y Reforma Urbana, Inurbe, en el término y con la progresividad que establezca el Gobierno Nacional los bienes inmuebles fiscales de su propiedad, o la porción de ellos con vocación para la construcción o el desarrollo de proyectos de vivienda de interés social de conformidad con el

¹² Para los propietarios anteriores, el artículo 34 consagró "un derecho preferencia irrenunciable" a adquirirlos "por el avalúo administrativo especial" que fija el IGAC, entre otras prerrogativas.

¹³ Decreto 055 de 2007 (Alcalde Mayor de Bogotá, D.C.), "Por el cual se asigna en las Secretarías de Despacho la función de autorizar a las entidades adscritas y vinculadas a su respectivo sector, la celebración de contratos de apoyo, convenios de asociación y la enajenación de Bienes Fiscales a entidades sin ánimo de lucro." Art.: "Asígnese a las Secretarías de Despacho la función de autorizar a las entidades adscritas y vinculadas a su respectivo sector, la celebración de contratos de apoyo, convenios de asociación y enajenación de Bienes Fiscales a entidades sin ánimo de lucro. / Asígnese a la Subsecretaría General de la Secretaría General de la Alcaldía Mayor, la función de autorizar a los organismos del sector central de la Administración Distrital la enajenación de Bienes inmuebles a entidades sin ánimo de lucro."

¹⁴ Ley 708 de 2001, "Por la cual se establecen normas relacionadas con el Subsidio Familiar de Vivienda de Interés Social y se dictan otras disposiciones".

reglamento que expida el Gobierno Nacional, y sin perjuicio de lo establecido en los planes de ordenamiento territorial.

"Artículo 8' Los bienes inmuebles fiscales de propiedad de las entidades públicas del orden nacional, de carácter no financiero, que hagan parte de cualquiera de las Ramas del Poder Público, así como de los órganos autónomos e independientes, que no tengan vocación para la construcción de vivienda de interés social, y además que no los requieran para el desarrollo de sus funciones, y no se encuentren dentro de los planes de enajenación onerosa que deberán tener las entidades, deben ser transferidos a título gratuito a otras entidades públicas conforme a sus necesidades, de acuerdo con el reglamento que expida el Gobierno Nacional, con excepción de aquellos ocupados ilegalmente antes del 28 de julio de 1988 con vivienda de interés social, los cuales deberán ser cedidos a sus ocupantes, en virtud de lo establecido en el artículo 58 de la Ley 9a. de 1989.

"Parágrafo lo. A las transferencias de inmuebles referidas en el presente artículo, les será aplicable el procedimiento de enajenación previsto en el artículo 1° de la presente ley.

" Ley 708/01, Art. 1° (texto completo): Las entidades públicas del orden nacional, de carácter no financiero, que hagan parte de cualquiera de las Ramas del Poder Público, así como los órganos autónomos e independientes, deberán transferir a título gratuito al Instituto Nacional de Vivienda de Interés Social y Reforma Urbana, Inurbe, en el término y con la progresividad que establezca el Gobierno Nacional los bienes inmuebles fiscales de su propiedad, o la porción de ellos con vocación para la construcción o el desarrollo de proyectos de vivienda de interés social de conformidad con el reglamento que expida el Gobierno Nacional, y sin perjuicio de lo establecido en los planes de ordenamiento territorial. / En todo caso, no podrán transferirse en virtud de lo aquí previsto, aquellos inmuebles que, a la fecha de entrada en vigencia de la presente ley, se encuentren destinados para la localización de las infraestructuras básicas de los sistemas de generación, producción, distribución, abastecimiento y suministro de agua potable, de energía eléctrica, de saneamiento básico, de gas, de puertos y aeropuertos, los relacionados directamente con la defensa nacional, así como los inmuebles que deban cederse en virtud del artículo 58 de la Ley 9a. de 1989 y aquellos de las entidades en liquidación que amparen los pasivos pensionales y otras garantías pactadas o establecidas en disposiciones legales, con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley; tampoco los inmuebles estatales o la porción de ellos que, a la fecha de entrada en vigencia de la presente ley, se encuentren contiguos o adyacentes a los establecimientos penitenciarios, de conformidad con el reglamento que expida el Gobierno Nacional. / Se tendrán como únicos requisitos para que se lleven a cabo estas transferencias, el título traslativo de dominio contenido en resolución administrativa expedida por la entidad propietaria del inmueble, y la tradición, mediante la inscripción de la resolución en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos correspondiente. Para efectos de los derechos de registro, tales actos, así como los referidos en el artículo 4o. de la presente ley, se considerarán actos sin cuantía. / Los subsidios para vivienda de interés social que adjudique el Instituto Nacional para Vivienda de Interés Social y Reforma Urbana, Inurbe, se otorgarán, entre los postulantes para el plan que se esté adjudicando, con sujeción a los principios de economía, celeridad, eficacia, imparcialidad y publicidad. / PARÁGRAFO lo. En todo caso la entidad que transfiera bienes inmuebles fiscales en virtud de lo aquí previsto, deberá sufragar todos los costos necesarios para realizar la transferencia al Inurbe, y obtener el paz y salvo correspondiente a los impuestos, tasas, contribuciones, y valorización, que recaigan sobre el inmueble que transfieren, situación que deberá verificar el Instituto Nacional de Vivienda de Interés Social y Reforma Urbana, Inurbe, antes de registrar cada resolución contentiva de título traslativo de dominio de las referidas en la presente ley. / PARÁGRAFO 2o. Exceptúense del deber consagrado en el presente artículo a las sociedades de economía mixta y al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar cuando se trate de los bienes que este reciba en virtud de lo dispuesto en la Ley 7o. de 1979. / PARÁGRAFO 3o. El

vencimiento del término previsto en el presente artículo para llevar a cabo la transferencia de los bienes al Inurbe, no eximirá a la entidad u órgano correspondiente de la obligación de realizar tal transferencia, pero su incumplimiento hará incurrir al representante legal de la entidad u órgano en falta disciplinaria."

"Parágrafo 2o. Exceptúanse del deber consagrado en el presente artículo a las sociedades de economía mixta y aquellos bienes de las entidades en liquidación que amparen los pasivos pensionales.

"Parágrafo 3o. Los bienes inmuebles fiscales que hagan parte de los planes de enajenación onerosa a los que se refiere el presente artículo, podrán ser transferidos, previo avalúo, a título de aportes, de capital a sociedades comerciales o de economía mixta. Así mismo, las entidades territoriales, como pago de las deudas de orden territorial que recaigan sobre los inmuebles, podrán recibir aportes de capital en sociedades comerciales o de economía mixta. "

Los mandatos legales transcritos pueden sintetizarse en la obligación de las entidades públicas del nivel nacional, distintas de las de carácter financiero, de enajenar los inmuebles que no requieran para el desarrollo de sus funciones y que no se encuentren en las excepciones del artículo Y del decreto 4637 de 2008, en la siguiente forma: a título gratuito, al INURBE¹⁶, si tienen vocación para programas de vivienda de interés social; a título gratuito a otras entidades públicas, caso en el cual la norma exige que los inmuebles no sirvan para vivienda de interés social o para la atención de las funciones de sus propietarias, y a título oneroso las demás, que deben incluirse en los "planes de enajenación onerosa".

Estos planes de enajenación onerosa están definidos en el artículo 2° del decreto 4637 de 2008¹, reglamentario de la ley 708 de 2001, como los actos mediante los cuales las entidades públicas identifican sus bienes inmuebles fiscales que no tienen vocación para la construcción de vivienda de interés social, que no los requiere la entidad para el desarrollo de sus funciones, que no han sido solicitados por otras entidades para el desarrollo de programas contemplados en el Plan Nacional de Desarrollo, y que tampoco correspondan a las excepciones establecidas en el artículo 3° del mismo decreto 4637. Los inmuebles que se incorporen a los planes en cuestión, deberán enajenarse de conformidad con lo establecido en la Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007, sus decretos reglamentarios y las normas que los adicionen o modifiquen,

La aplicación de estas disposiciones al caso consultado, plantea dos hipótesis: la primera es que si el inmueble por el cual se pregunta tuviera vocación para programas de vivienda de interés social, tendría que ser cedido a título gratuito, de conformidad con las disposiciones de la ley 708 de 2001 y sus modificaciones y reglamentos; la segunda es que si el inmueble no tiene esa vocación ni es requerido para el servicio de la Nación — Ministerio de Educación Nacional, ni ha sido solicitado por otra entidad pública en el marco del plan de desarrollo ni corresponde a alguno de los inmuebles relacionados en el artículo 3° del decreto 4637 de 2008, el procedimiento para su enajenación es el general que rige los contratos de las entidades estatales, contenido en las leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, que se procede a explicar.

¹⁶ Ténganse en cuenta las modificaciones introducidas por el artículo 13 de la ley 810 de 2003, "Por medio de la cual se modifica la Ley 388 de 1997 en materia de sanciones urbanísticas y algunas actuaciones de los curadores urbanos y se dictan otras disposiciones", y la Ley 1001 de 2005, "Por medio de la cual se adoptan medidas respecto a la cartera del Instituto Nacional de Vivienda de Interés Social y Reforma Urbana, Inurbe, en Liquidación, y se dictan otras disposiciones", en virtud de la liquidación del INURBE.

¹⁷ Decreto 4637 de 2008 (diciembre 5), "Por el cual se reglamenta parcialmente el artículo 8° de la Ley 708 de 2001". Este decreto derogó expresamente el decreto 4695 de 2005 que fue la primera reglamentación del mismo artículo 8° de la ley 708 de 2001.

b) Las leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007 y sus reglamentos

Para el análisis de las leyes ahora citadas conviene dejar sentadas las siguientes apreciaciones, en consideración a que la consulta precisa que el inmueble al que se refiere es un bien fiscal, y que la entidad a la cual se transferiría su propiedad es una fundación de carácter privado.

Brevemente menciona la Sala que con relación a la clasificación tradicional de bienes de uso público y bienes fiscales, su criterio ha sido centrar la diferencia en la presencia o no de la posibilidad de disposición de los mismos, de manera que, en términos generales, los primeros serían aquellos bienes que no están en el comercio y tienen los atributos fijados por la misma Constitución de ser inalienables, inembargables e imprescriptibles, en tanto que los segundos serían aquellos cuyo dominio se ejerce por las entidades públicas de manera similar al de los particulares, y por lo mismo (bajo múltiples limitaciones) están en el comercio, son enajenables, y con ellos se conforma el patrimonio de las entidades titulares del dominio.

En términos jurídicos y gramaticales, "enajenar" es "pasar o transmitir a alguien el dominio de algo o algún otro derecho sobre ello"; tratándose de inmuebles, la legislación configura el título y el modo, para perfeccionar el traspaso. El título es un contrato, que debe elevarse a escritura pública, y que, según que la transferencia sea onerosa o gratuita, el contrato será de compraventa o de donación.

Para el caso que nos ocupa, la enajenación a título gratuito está descartada pues quedaría enmarcada en la prohibición general del primer inciso del artículo 355 constitucional. Y la enajenación a título oneroso corresponde a un contrato de compraventa.

Es decir, tanto por la remisión hecha por el decreto 4637 de 2008, reglamentario de la ley 708 de 2001, como por el tipo de contrato que cabría celebrar, el régimen aplicable es el general de contratación de las entidades estatales, contenido en la ley 80 de 1993¹⁸ con las modificaciones introducidas por la ley 1150 de 2007.

La ley 80 de 1993, artículo 24, no incluyó la venta de inmuebles entre los casos de contratación directa, salvo que por razón de su cuantía el contrato fuera de menor cuantía.

La ley 1150 de 2007 modificó los procedimientos de selección del contratista particular y entre ellos consagró el de la "selección abreviada", en el que incluyó "la enajenación de bienes del Estado, con excepción de aquellos a que se refiere la Ley 226 de 1995", en el artículo 2° numeral 2° literal e) regulando el procedimiento en éstos términos:

¹⁸ Ley 80 de 1993 (octubre 28), "por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública" / Ley 1150 de 2007 (julio 16) "por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos"

Dice el artículo 2° de la ley 1150 de 2007:

"Artículo 2°. De las modalidades de selección.

"Serán causales de selección abreviada las siguientes:

"(..)

"e) La enajenación de bienes del Estado, con excepción de aquellos a que se refiere la Ley 226 de 1995.

"En los procesos de enajenación de los bienes del Estado se podrán utilizar instrumentos de subasta y en general de todos aquellos mecanismos autorizados por el derecho privado, siempre y cuando en desarrollo del proceso de enajenación se garantice la transparencia, la eficiencia y la selección objetiva.

"En todo caso, para la venta de los bienes se debe tener como base el valor del avalúo comercial y ajustar dicho avalúo de acuerdo a los gastos asociados al tiempo de comercialización esperada, administración, impuestos y mantenimiento, para determinar el precio mínimo al que se debe enajenar el bien, de conformidad con la reglamentación que para el efecto expida el Gobierno Nacional.

El gobierno nacional, mediante el decreto 4444 de 2008¹⁹, reglamentó el literal e) del artículo 2° de la ley 1150 en cita, facultando a las entidades estatales para escoger entre los mecanismos que el decreto señala, el que considere usar, siempre que la convocatoria sea pública y general y se atiendan las normas de transparencia, selección objetiva y eficiencia. 20

Significa lo dicho que en la normatividad vigente no es jurídicamente viable transferir directamente a FUNDALECTURA la propiedad del inmueble de la Nación — Ministerio de Educación Nacional, a título oneroso ni a título gratuito.

Una alternativa para preservar y fortalecer el uso actual del inmueble:

El artículo 96 de la ley 489 de 1998 faculta a las entidades públicas para que con participación de particulares creen personas jurídicas sometidas al código civil, para el desarrollo conjunto de sus cometidos y funciones, debiendo incluirse en el correspondiente acto constitutivo, entre otras exigencias, la relativa a "los compromisos o aportes iniciales de las entidades asociadas y su naturaleza y forma de pago, con sujeción a las disposiciones

¹⁹ Decreto 4444 de 2008 (noviembre 25), "Por medio del cual se reglamenta parcialmente el literal e) del numeral 2° del artículo 2° de la Ley 1150 de 2007"

²⁰ Dec. 4444/08, Art. 2°: "Enajenación de bienes. En los procesos de selección abreviada de enajenación de bienes, la entidad podrá hacer uso de los mecanismos que se consagran en el presente decreto, atendiendo a las normas de transparencia, selección objetiva y eficiencia. En todo caso, la convocatoria pública será regla general, y se aplicarán en lo pertinente las reglas del título I del Decreto 2474 de 2008, y las normas que lo modifiquen, adicionen o sustituyan, sin perjuicio de las reglas especiales establecidas en el presente decreto. / La entidad podrá realizar directamente la enajenación, o contratar para ello a promotores, bancas de inversión, martillos, comisionistas de bolsas de bienes y productos agropecuarios, agroindustriales o de otros commodities, o cualquier otro intermediario idóneo, según corresponda al tipo de bien a enajenar. También podrá hacerlo a través de la sociedad Central de Inversiones CISA S.A., caso en el cual, se suscribirá el respectivo contrato interadministrativo. (...)"

presupuestales y fiscales, para el caso de las públicas.²¹ aportes que pueden ser en dinero o en especie.

Esta figura supone, por supuesto, que los aportes tanto de las entidades estatales como de los particulares concurren a integrar el patrimonio de la persona jurídica que están creando y, por ende, al desarrollo del objeto social de la nueva entidad.

Estima la Sala que los fundamentos constitucionales y el uso que se ha venido dando al inmueble por FUNDA LECTURA, conforme a lo expresado en la consulta, permitirían al Ministerio de Educación Nacional evaluar la viabilidad de la alternativa que se deja planteada.

Con base en las premisas anteriores, la Sala RESPONDE:

1. ¿La celebración y ejecución de un convenio de asociación, según lo establecido en la Ley 489 de 1998, artículo 96, entre el Ministerio de Educación Nacional y la Fundación para el Fomento de la lectura FUNDA LECTURA, para la realización de un programa acorde con el Plan Nacional de Desarrollo, en el que el aporte del MEN está representado en la entrega del dominio del inmueble de su propiedad, que actualmente sirve de sede a Fundalectura, contradice alguna norma de nuestro ordenamiento jurídico?

La celebración y ejecución de un convenio de asociación de los previstos en el segundo inciso del artículo 96 de la ley 489 de 1998, entre el Ministerio de Educación Nacional y la Fundación para el Fomento de la lectura FUNDALECTURA, para la realización de un programa acorde con el Plan Nacional de Desarrollo, en el que el aporte del MEN estaría representado en la entrega del dominio del inmueble de su propiedad, que actualmente sirve de sede a Fundalectura, contradice los artículos 96 de la ley 489 de 1998 y 355 constitucional, puesto que los bienes comprometidos en los convenios y contratos de asociación que ellos regulan son los recursos presupuestales, o sea, dinero circulante, y no otro tipo de bienes.

2. ¿En virtud de las competencias del Ejecutivo en materia de celebración de contratos entre el Estado y las entidades sin ánimo de lucro, de reconocida idoneidad (como lo establece el inciso 2° del artículo 355 de la Constitución

²¹ Ley 489/98, Art. 96. "Constitución de asociaciones y fundaciones para el cumplimiento de las actividades propias de las entidades públicas con participación de particulares. Las entidades estatales, cualquiera sea su naturaleza y orden administrativo **podrán**, con la observancia de los principios señalados en el artículo 209 de la Constitución, **asociarse con personas jurídicas particulares, mediante** la celebración de convenios de asociación o **la creación de personas jurídicas**, para el desarrollo conjunto de actividades en relación con los cometidos y funciones que les asigna a aquéllas la ley. / Los convenios de asociación a que se refiere el presente artículo se celebrarán de conformidad con lo dispuesto en el artículo 355 de la Constitución Política, en ellos se determinará con precisión su objeto, término, obligaciones de las partes, aportes, coordinación y todos aquellos aspectos que se consideren pertinentes. / Cuando en virtud de lo dispuesto en el presente artículo, surjan personas jurídicas sin ánimo de lucro, éstas se sujetarán a las disposiciones previstas en el Código Civil para las asociaciones civiles de utilidad común. / En todo caso, en el correspondiente acto constitutivo que dé origen a una persona jurídica se dispondrá sobre los siguientes aspectos: a) Los objetivos y actividades a cargo, con precisión de la conexidad con los objetivos, funciones y controles propios de las entidades públicas participantes; / b) Los compromisos o aportes iniciales de las entidades asociadas y su naturaleza y forma de pago, con sujeción a las disposiciones presupuestales y fiscales, para el caso de las públicas; / c) La participación de las entidades asociadas en el sostenimiento y funcionamiento de la entidad; / d) La integración de los órganos de dirección y administración, en los cuales deben participar representantes de las entidades públicas y de los particulares; / e) La duración de la asociación y las causales de disolución." Exequible, Sent. C-671-99.

Política), se encuentra regulada por vía general esta situación o se podría regular la materia sobre la cual versa esta consulta (enajenación de inmuebles a entidades privadas sin ánimo de lucro, en desarrollo de programas de interés público acordes con el Plan de Desarrollo)?

En virtud de las competencias del Ejecutivo en materia de celebración de contratos entre el Estado y las entidades sin ánimo de lucro, de reconocida idoneidad, como lo establece el inciso segundo del artículo 355 de la Constitución Política, no se puede regular la transferencia de la propiedad de inmuebles fiscales a entidades sin ánimo de lucro, porque dicha disposición solamente se refiere a los recursos del presupuesto.

3. ¿Tiene aplicabilidad al caso descrito en la consulta, y en tal caso cuál sería, el Decreto 055 del 14 de febrero de 2007 del Distrito Capital de Bogotá, 'Por el cual se asigna en las Secretarías de Despacho la función de autorizar a las entidades adscritas y vinculadas a su respectivo sector, la celebración de contratos de apoyo, convenios de asociación y la enajenación de Bienes Fiscales a entidades sin ánimo de lucro.?

Por tratarse de un bien inmueble de propiedad de la Nación - Ministerio de Educación Nacional, no es posible aplicar el artículo 36 de la ley 9ª de 1989 y, por consiguiente, tampoco es aplicable el decreto No. 055 de 2007, proferido por el Alcalde Mayor de Bogotá.

✕ ¶ ¿En este caso es aplicable el artículo 36 de la ley 9ª de 1989, que contempla la enajenación de inmuebles de entidades públicas a entidades privadas sin ánimo de lucro sin licitación pública, siempre y cuando medie la autorización, en este caso del Alcalde Mayor de Bogotá, por hallarse el inmueble en su jurisdicción, teniendo en cuenta la destinación del inmueble como infraestructura social en los campos de la educación y la cultura?

Las normas actualmente vigentes para la enajenación gratuita y onerosa de bienes inmuebles fiscales de las entidades nacionales son las leyes 708 de 2001, 80 de 1993 y la ley 1150 de 2007; en consecuencia para este caso no es aplicable el artículo 36 de la ley 9ª de 1989.

✕ ¶ ¿Puede diferenciarse la opción de enajenación planteada en esta consulta de otro tipo de enajenación de inmuebles de propiedad de la Nación, bien sea a título oneroso o gratuito?

La enajenación planteada en esta consulta es la transferencia de la propiedad de un inmueble fiscal de la Nación a un particular. Tal enajenación solo podría darse a título oneroso mediante el procedimiento de las leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, pues se recuerda que las donaciones están prohibidas en el artículo 355 constitucional. No obstante, podría entregarse a título de aporte a una persona jurídica nueva, creada en los términos del artículo 96 de la ley 489 de 1998.

✕ ¶ ¿Constituye requisito que el inmueble a enajenar no sea necesario para la normal ejecución directa de sus funciones por parte de la Nación — Ministerio de Educación Nacional?

"7. ¿Debe la Nación — Ministerio de Educación Nacional realizar un estudio escrito sobre la necesidad o no de la titularidad del derecho de propiedad del inmueble para la correcta ejecución de dichas funciones, relacionando aspectos atinentes a gastos del bien, en los que se prevean los pagos de impuestos y acreencias afines, entre otros?"

De conformidad con las leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, la enajenación que se proyecte debe estar sustentada en los estudios y justificaciones que la normatividad exige para la celebración de los contratos estatales, y, por supuesto, deberían incluirse los elementos señalados en las preguntas 6 y 7.

Transcribese a la señora Ministra de Educación Nacional y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

WILLIAM ZAMBRANO CETINA
Presidente de la Sala

GUSTAVO E. APONTE SANTOS

ENRIQUE JOSÉ ARBOLEDA PERDOMO

LUÍS FERNANDO ÁLVAREZ JARAMILLO

JENNY GALINDO ÁLVAREZ JARAMILLO

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

Consejera Ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO

Bogotá, D.C., seis (6) de agosto de dos mil nueve (2009)
Radicación número: 410012331000200501779-01 (37089)
Actor: GLADYS MIREYA GONZALES SANCHEZ Y OTROS
Demandado: NACION – FISCALIA GENERAL DE LA NACIÓN Y OTROS
Asunto: Acción de Reparación Directa – Recurso de Queja

Resuelve la Sala el recurso de queja interpuesto por parte actora contra el auto proferido el 18 de marzo de 2009 por el Tribunal Administrativo de Huila, mediante el cual negó el recurso de apelación oportunamente formulado contra la providencia proferida por ese Tribunal el 4 de marzo de 2009, recurso que se estima mal denegado.

I.- ANTECEDENTES

1. Mediante escrito presentado ante el Tribunal Administrativo de Huila, el 16 de septiembre de 2005, la señora Gladis Mireya González y otros, a través de apoderado judicial formularon demanda en ejercicio de la acción de reparación directa en contra de la Nación – Fiscalía General de la Nación y otros, con el fin de que se declarara su responsabilidad por falla en la administración de justicia, por denuncia, sindicación, juzgamiento injustificado, y falla en el procedimiento de captura de la señora Gladis Mireya González Sánchez y su esposo Mario Enrique Rincón Contreras.

2. El Tribunal Administrativo del Huila, profirió providencia el 4 de marzo de 2009 mediante la cual abrió a pruebas el proceso y decretó aquellas solicitadas por las partes. Contra esta decisión la parte demandante interpuso recurso de apelación, toda vez que en la mencionada providencia no se decretó las pruebas testimoniales solicitadas en la demanda, de los señores (ROGELIO ORREGO POLANIA, FIDENCIO HERRERA CALDON, SEBASTIAN CUBILLOS GAITAN, LUIS EDUER VALENZUELA HOYOS, ALBERTO CASTILLO, FRANCISCO VARGAS SALAS, CLODOMIRO RIVERA, LUIS ALBERTO GARCIA LASSO, SANDRO HOANY PASCUAS HERNANDEZ, RAUL SIERRA Y ROBERTO QUEBEDO).

3. El recurso fue rechazado por el a quo mediante providencia de 18 de marzo de 2009, toda vez que la cuantía del proceso, no supera la cuantía establecida en el artículo 40 de la Ley 446 de 1998 para que un proceso tenga vocación de doble instancia, esto es, 500 salarios mínimos legales mensuales vigentes, que equivalen a \$190.750.000.

4. La parte demandante interpuso recurso de reposición contra el auto anterior y en subsidio pidió la expedición de copias para tramitar el recurso de queja.

5. Al resolver el recurso de reposición el a quo confirmó su decisión por considerar que la cuantía del asunto, no excede los 500 salarios mínimos legales mensuales vigentes exigidos para que un proceso iniciado en ejercicio de la acción de reparación directa tenga vocación de doble instancia.

6. El actor formuló recurso de queja el 17 de junio de 2009, esto es, oportunamente. Manifestó el recurrente que el derecho a la doble instancia se encuentra consagrado en el artículo 31 de la Constitución Política y que la doble instancia representa una garantía para los asociados, en cuanto el examen del asunto por parte de un juez u órgano judicial de superior grado y con mayor conocimiento y experiencia en el campo del derecho permite corregir errores del inferior, y de otro lado favorece la imparcialidad.

Agregó además que al negar el recurso de apelación se está violando el principio constitucional de la doble instancia, ya que las normas de competencia que regulan este caso han sido claras en identificar que los procesos de reparación directa en los cuales se persiga la responsabilidad administrativa del Estado, de sus funcionarios y empleados judiciales en los casos de error judicial, detención injusta de la libertad y defectuoso funcionamiento de la administración invocando los títulos jurídicos de imputación serán de doble instancia, incluso si su cuantía es inferior a 500 SMMLV.

II.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

Revisado el expediente encuentra la Sala que este asunto si tiene vocación de doble instancia en virtud de la aplicación del criterio material.

Para la decisión, la Sala se referirá a los siguientes temas: 1) El criterio material como determinante de la competencia en primera instancia de los Tribunales Administrativos y en segunda instancia del Consejo de Estado, para el conocimiento de los procesos que tengan como fin obtener la declaración de responsabilidad del Estado por error jurisdiccional, privación injusta de la libertad ó defectuoso funcionamiento de la administración de justicia 2) El caso concreto.

1) El criterio material como determinante de la competencia en primera instancia de los Tribunales Administrativos y en segunda instancia del Consejo de Estado, para el conocimiento de los procesos que tengan como fin obtener la declaración de responsabilidad del Estado por error jurisdiccional, privación injusta de la libertad ó defectuoso funcionamiento de la administración de justicia.

En relación con la competencia del Consejo de Estado para conocer en segunda instancia, de los procesos de reparación directa promovidos por error jurisdiccional, privación injusta de la libertad ó defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, la Sala Plena de esta corporación en auto de de 9 de septiembre de 2008⁷, concluyó que la cuantía no es necesaria para determinar la vocación de doble instancia de esos procesos dado que dicha competencia fue atribuida por la ley 270 de 1996 con fundamento en el criterio material, al señalar que de estos procesos conocerían

⁷ M.P. Mauricio Fajardo Gómez, expediente 110010326000200800009 00, actor Luz Elena Muñoz Guerrero y otro

en la primera instancia los Tribunales Administrativos y en segunda el Consejo de Estado; al respecto señaló dicha jurisprudencia:

"3. La doble instancia en las acciones de reparación directa por los hechos de la Administración de Justicia.

Una vez determinado que los competentes para conocer de los procesos judiciales a los cuales da lugar el ejercicio de este tipo de acciones son los Tribunales Administrativos y el Consejo de Estado, la Sala estima necesario hacer una consideración acerca de si dichos Tribunales conocen de tales en primera o en única instancia; lo anterior porque el artículo 73 de la Ley 270 se limitó a establecer un parámetro para distribución de competencias, acogiendo un criterio orgánico.

Según el artículo 132 del C.C.A., modificado por el artículo 40 de la Ley 446 de 1998, en materia de distribución de competencias, a los Tribunales Administrativos corresponde conocer en primera instancia de los asuntos de reparación directa cuando la cuantía del proceso exceda de 500 SMLMV. Dice la norma en cuestión:

"Art. 132.- Modificado L. 446/98, art. 40. Los tribunales administrativos conocerán en primera instancia de los siguientes asuntos:

".....

6. De los de reparación directa cuando la cuantía exceda de quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales".

Recuérdese que el mismo artículo 73 de la Ley 270 dispuso que cuando se pretenda demandar al Estado, bien por error jurisdiccional, bien por privación injusta de la libertad o incluso por defectuoso funcionamiento de la Administración de justicia, se debe ejercer la acción de reparación directa, razón por la cual en la asignación específica de competencias tratándose de este tipo de asuntos, resultaría aplicable el artículo 132 del C.C.A.

Al tenor de lo dispuesto por las normas generales en materia de competencia, cuando se pretenda demandar al Estado en ejercicio de la acción de reparación directa por hechos derivados de la actividad realizada por la Administración de Justicia, no existe la menor hesitación en el sentido de que los Tribunales Administrativos deben conocer, en primera instancia, de aquellos asuntos cuya cuantía fuere superior a 500 SMLMV, como quiera que así lo establece, con toda claridad, el ante citado numeral 6 del artículo 132 del C.C.A.; sin embargo, tratándose de aquellos eventos en los cuales la cuantía del proceso resulte igual o inferior a esa cifra, la cuestión no resulta para nada sencilla, toda vez que las normas atributivas de competencia a los Tribunales Administrativos —artículos 131 y 132 del C.C.A.— no prevén de forma expresa este grupo de supuestos, frente a los cuales resulta posible, por tanto, plantear dos alternativas hermenéuticas diversas:

A). Que los Tribunales Administrativos sean llamados a conocer de este segundo tipo de asuntos —procesos de reparación directa en los cuales se solicite la declaratoria de responsabilidad patrimonial del Estado derivada de la actividad jurisdiccional— en única instancia, entendimiento que, ciertamente, conduciría a atribuirle efecto útil a las previsiones contenidas en los artículos 73 de la Ley 270 y 132 del C.C.A., y a interpretar armónicamente las disposiciones legales aplicables, a este tipo de casos, con el propósito de identificar la competencia de las diversas instancias en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, con base en el siguiente razonamiento: (i) el primero de los mencionados preceptos excluye a los jueces administrativos de la posibilidad de conocer de acciones de reparación directa en las cuales se invoque alguno de los títulos jurídicos de imputación consagrados en los artículos 65 y siguientes de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia y le atribuye la correspondiente competencia a los Tribunales Administrativos y al Consejo de Estado —con lo cual torna inaplicable el numeral 6 del artículo 134B del C.C.A., por virtud del cual los jueces administrativos conocen en primera instancia de los procesos de reparación directa cuando la cuantía no exceda de 500 SMLMV—; (ii) el artículo 128 del Código Contencioso Administrativo, precepto que establece cuáles son los asuntos de los cuales conoce el Consejo de Estado en única instancia, no le atribuye competencia para tramitar de esa manera proceso alguno de reparación directa; (iii) adiciónese a lo dicho que resulta razonable colegir que es a los Tribunales Administrativos a los cuales concierne conocer de procesos de reparación directa por error judicial, detención injusta o defectuoso funcionamiento de la Administración de Justicia cuya cuantía no supere los 500 SMLMV y que dicho conocimiento debe avocarse en única instancia toda vez que el artículo 132 no incluyó este tipo de negocios en el listado de aquellos que deben tramitarse en primera instancia.

En esa perspectiva cabe agregar que el principio-derecho fundamental a la doble instancia, consagrado en el artículo 31 de la Constitución Política, de acuerdo con lo establecido tanto por el propio precepto constitucional en mención, como por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, no es un derecho absoluto sino que, por el contrario, puede ser modulado y restringido por el Legislador, el cual goza de un amplio margen de libertad de configuración en la materia, solamente limitado por la exigencia de permitir, en todos los casos, la aplicación del principio de doble instancia tratándose de sentencias penales condenatorias, de sentencias en procesos

derivados del ejercicio de la acción de tutela y siempre que la regla general, consiste en que las decisiones judiciales en principio deben poder ser revisadas por el superior jerárquico de quien las adopta, no se convierta en la excepción.

En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional:

"La doble instancia no es aplicable a todas las providencias judiciales

4.1 Este derecho de rango constitucional fundamental se concreta en la posibilidad de que una decisión judicial sea estudiada por el superior jerárquico del juez o funcionario judicial que instruye un proceso, para que la revoque o la reforme. Es una garantía en la medida que habilita que otro funcionario, con mejor preparación y distinto del que adopto la decisión recurrida, analice los presupuestos de hecho y de derecho en que se fundamentó una decisión judicial.

La doble instancia está prevista en el artículo 31 de la Carta Política, donde se establece que "[t]oda sentencia judicial podrá ser apelada o consultada, salvo las excepciones que consagre la ley". De acuerdo con esta disposición, la regla general, en tratándose del principio de la doble instancia, es que toda sentencia judicial podrá ser apelada o consultada, y sólo de manera excepcional, las sentencias que no serán apelables o consultables; autorizándose al Legislador para introducir dichas excepciones. En ese orden de ideas, esta Corporación ha dicho que la doble instancia no pertenece al núcleo esencial del debido proceso al poder la ley introducir excepciones⁸.

Empero, el Legislador está limitado para eliminar la doble instancia en varios eventos: el primero, en tratándose de sentencias condenatorias, puesto que el artículo 29 de la Constitución de forma expresa confiere al sindicado el derecho "a impugnar la sentencia condenatoria"; el segundo, está referido al derecho que otorga el inciso 2º del artículo 86 ibídem para impugnar los fallos que se profieran durante el trámite de la acción de tutela.

Otra limitación al Legislador que se desprende del artículo 31 de la Constitución, es la imposibilidad de convertir la excepción en la regla general, esto es, que las sentencias judiciales no sean apelables y que de manera excepcional lo sean, puesto que el querer del artículo 31 en comento es, precisamente, que las sentencias se puedan apelar, salvo las excepciones introducidas por la ley⁹ (subrayas fuera del texto original).

Por lo demás, la jurisprudencia constitucional ha avalado que, precisamente, el Legislador acuda al factor de la cuantía de las pretensiones como elemento con base en el cual puede introducir válidamente excepciones a la regla general —constitucionalmente prevista— consiste en que las providencias judiciales deben poder ser recurridas ante y/o revisadas por el superior jerárquico de quien las profiere:

"4. Por otra parte observa la Corte Constitucional que el verdadero sentido de la doble instancia no se puede reducir a la mera existencia —desde el plano de lo formal institucional— de una jerarquización vertical de revisión, ni a una simple gradación jerarquizada de instancias que permitan impugnar, recurrir o controvertir y, en últimas, obtener la revisión de la decisión judicial que se reputa injusta o equivocada, ni a una concepción de la doble instancia como un fin en sí mismo. No. Su verdadera razón de ser es la existencia de una justicia acertada, recta y justa, en condiciones de igualdad. Ella es pues un medio para garantizar los fines superiores del Estado, de que trata el artículo 2º de la Carta, particularmente en este caso la eficacia de los derechos.

Así concebida, la doble instancia es apenas un mecanismo instrumental de irrigación de justicia y de incremento de la probabilidad de acierto en la función estatal de dispensar justicia al dirimir los conflictos (dada por la correlación entre verdad real y decisión judicial). Su implementación solo se impone en aquellos casos en que tal propósito no se logre con otros instrumentos. Cuando ello ocurra, bien puede erigir el Legislador dichos eventos en excepciones a su existencia.

Así, pues, la consagración de excepciones por parte del Legislador al principio de la doble instancia no es una patente de corso que el Constituyente le hubiese conferido. Se trata de una autorización constitucional para ser cumplida sin violar el resto del ordenamiento constitucional, particularmente los derechos humanos.

(...)

Finalmente, no hay duda que la distribución de trabajo al interior del aparato judicial requiere de la adopción de criterios que, tanto horizontal como verticalmente, aseguren el cumplimiento de la noble función que la Carta le asigna. Ciertamente, la racionalización en la administración de justicia obliga a la adopción de técnicas que aseguren prontitud y eficiencia y no solo justicia en su dispensación. Para ello es razonable introducir el factor cuantía como elemento determinante de la competencia, pero la cuantía referida a un quantum objetivo que no se fundamente en los ingresos subjetivos de una persona sino el monto global de la pretensión, como bien lo hace el Decreto N° 719 de 1989, artículo 1º, que dice que serán susceptibles del recurso de casación los negocios

⁸ Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-345 de 1993. Magistrado Ponente, doctor Alejandro Martínez Caballero.

⁹ Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C- 900 de 2003. Magistrado Ponente, doctor Dr. Jaime Araujo Rentarías.

cuya cuantía exceda de 100 veces el salario mínimo mensual. Pero del factor cuantía no se sigue pues una autorización genérica para violar otras disposiciones constitucionales, particularmente las más caras –los derechos y sus garantías” (subrayas fuera de texto original)¹⁰.

Así pues, el factor de la cuantía de las pretensiones ciertamente puede ser tenido en cuenta por el Legislador para excepcionar el principio de doble instancia, como regla general, en algunos supuestos. Sin embargo, el artículo 31 superior y la jurisprudencia constitucional son claros en ese punto: las excepciones a dicha regla general deben ser establecidas por el legislador. Tal es la consideración que conduce a la segunda interpretación posible de cara a resolver el problema jurídico del cual se viene ocupando la Sala.

B). Como quiera que el artículo 131 del C.C.A., no incluye, de forma expresa, a los procesos de reparación directa en los cuales se deprecia la declaratoria de responsabilidad patrimonial del Estado por error jurisdiccional, detención injusta o defectuoso funcionamiento de la Administración de Justicia, dentro del conjunto de asuntos de los cuales conocen los Tribunales Administrativos en única instancia –y, según se explicó antes, tampoco lo hace el artículo 128 *ibidem*–, forzoso resulta concluir que el Legislador no ha expedido una norma que, en esta materia, exceptúe la aplicabilidad de la regla general contenida en el artículo 31 constitucional; en consecuencia, es dicha regla general la que debe prevalecer y, por tanto, de los procesos en cuestión también deben conocer los Tribunales Administrativos en primera instancia.

Ahora bien, dado que en relación con las acciones de reparación directa que se promuevan por error jurisdiccional, por privación injusta de la libertad y por defectuoso funcionamiento de la Administración de Justicia ha quedado claramente establecido que su conocimiento corresponde, de modo privativo, a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo pero únicamente a través de los Tribunales Administrativos y el Consejo de Estado, esto es sin que esa clase de procesos puedan tramitarse ante los Jueces Administrativos del Circuito y dado que resulta indispensable armonizar esas directrices de la Ley Estatutaria con las normas del C.C.A., que se han ocupado de efectuar la asignación, detallada de las competencias, todo con el propósito de dilucidar a cuál de las Corporaciones mencionadas corresponde conocer de los procesos aludidos cuando la cuantía de los mismos resulte inferior a la suma equivalente a 500 S.M.L.M.V., se impone desatar la cuestión a la luz del principio constitucional general de la doble instancia, el cual, a su vez, se erige en un derecho para las partes que concurren a los procesos judiciales respecto de las diversas acciones atribuidas a dicha Jurisdicción, por lo cual resulta evidente que las excepciones a la debida regla general –constituidos por los procesos de única instancia–, en cuanto, además, comportan limitaciones a los derechos de las partes, naturalmente deben interpretarse de manera restrictiva.

Es por ello que esta Sala, al acoger la segunda alternativa hermenéutica que se ha dejado expuesta y, por consiguiente, con apoyo tanto en la mencionada regla general que contiene el artículo 31 de la Constitución Política como en las directrices expresamente adoptadas por el artículo 73 de la Ley Estatutaria 270 en armonía con las reglas comunes de distribución de competencia consagradas actualmente en el C.C.A., arriba a la conclusión de que el conocimiento de los procesos de reparación directa instaurados con invocación de los diversos títulos jurídicos de imputación previstos en la referida Ley Estatutaria de de la Administración de Justicia corresponde, en primera instancia, a los Tribunales Administrativos, incluyendo aquellos cuya cuantía sea inferior a la suma equivalente a los 500 SMLMV.”

En los anteriores términos, la competencia para conocer de los procesos de reparación directa que se promuevan por error jurisdiccional, por privación injusta de la libertad ó por defectuoso funcionamiento de la Administración de Justicia, corresponde sin importar la cuantía del mismo, en primera instancia a los Tribunales Administrativos y en segunda al Consejo de Estado.

2. Caso concreto.

En el presente caso, de las pretensiones de la demanda se observa que la presente acción de reparación se promovió en razón de la privación injusta de la libertad de los señores GLADYS MIREYA GONZALEZ SANCHEZ, y MARIO ENRIQUE RINCON CONTRERAS, así como por los daños causados con el decomiso de la motocicleta marca YAMAHA CRIPTON 110, de propiedad de los actores., por la supuesta conducta ilícita por las que se le sometió judicialmente. En dicha demanda se señaló:

“**PRIMERA.** – Se declare que LA NACIÓN – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, MUNICIPIO DE GARZON – HUILA y LA NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJERCITO NACIONAL, son administrativamente responsables de manera solidaria por los perjuicios de todo orden causados a los señores GLADYS MIREYA GONZALEZ SANCHEZ y MARIO ENRIQUE RINCON CONTRERAS y a sus menores hijos, por falla en la administración de justicia – error judicial – defectuoso funcionamiento de la administración de justicia y privación injusta de la libertad, injustificado, falla en el procedimiento de captura, violación de reserva de sumario, desatención del régimen probatorio, por el uso indebido y por los daños causados en la motocicleta marca YAMAHA CRIPTON 110E, Placas NXS 09ª, de su propiedad, falla del servicio y otros hechos o

¹⁰ Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C- 345 de 1993. Magistrado Ponente, doctor Alejandro Martínez Caballero.

causas que se probaran en el proceso referido o relacionado con el proceso penal con radicación 6-412 en la etapa de investigación, Rad. N° 2003-0020 en la etapa de juzgamiento en primera instancia y Rad. 41001220401 2003-0474-01 en el trámite de la segunda instancia, que se adelantará por parte de la Fiscalía Quinta y Sexta Delegada ante los juzgados Penales del Circuito Especializados y por la Fiscalía Dieciséis Delegada ante los Juzgados Penales del Circuito de Garzón, fallando por el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Neiva y por el Tribunal Superior del Distrito Judicial – Sala Penal – de Neiva – Huila, por los presuntos delitos de extorsión y rebelión, según hechos ocurridos el 22 de julio de 2002, el cual culminó con Sentencia confirmatoria ABSOLUTORIA de segunda instancia del dieciséis (16) de enero de dos mil cuatro (2004).

SEGUNDA: Como consecuencia de la anterior declaración, LA NACIÓN – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, MUNICIPIO DE GARZON – HUILA y LA NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJERCITO NACIONAL, deberá pagar el valor de los daños y perjuicios de todo género ocasionado a los señores GLADYS MIREYA GONZALEZ SANCHEZ y MARIO ENRIQUE RINCON CONTRERAS y su familia, con corrección monetaria:

(...)"

Cabe precisar que conforme a estas pretensiones la acción de reparación directa promovida procura que se declare responsable a la Nación – Fiscalía General de la Nación, por la privación injusta de la libertad de los actores Gladys Mireya González Sánchez Y Mario Enrique Rincón Contreras, así como que se declare la responsabilidad de la Nación – Ministerio de Defensa – por el error jurisdiccional que se dice cometido con la incautación de la motocicleta de propiedad de los actores, es decir se trata de un proceso de aquellos que tiene como fin obtener la declaración de responsabilidad del Estado por error jurisdiccional y privación injusta de la libertad, de donde fuerza concluir, que en razón a la naturaleza del asunto, el proceso de la referencia debe ser tramitado en primera instancia ante los Tribunales Administrativos y en segunda instancia ante el Consejo de Estado, sin importar la cuantía del mismo, razón por la cual debió concederse el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la providencia de 4 de marzo de 2.009, proferida por el Tribunal Administrativo de Huila.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera,

RESUELVE

PRIMERO: Estímase mal denegado el recurso de apelación formulado por la parte demandante contra el auto proferido por el Tribunal Administrativo de Huila el 4 de marzo de 2009.

SEGUNDO: Concédese el recurso de apelación presentado por la parte demandante contra el auto proferido por el Tribunal Administrativo de Huila el 4 de marzo de 2009.

TERCERO: Infómese lo decidido al a quo y solicítese el envío del expediente para continuar su trámite.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

RAMIRO SAAVEDRA BECERRA
Presidente de la Sala

RUTH STELLA CORREA PALACIO

MAURICIO FAJARDO GÓMEZ

ENRIQUE GIL BOTERO

MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR

1. 30112-IE63156

Bogotá, D.C., Diciembre 18 de 2009.

Doctor
LUIS FERNANDO AYALA PABÓN
Director Oficina de Planeación
Contraloría General de la República

Bogotá, D.C.

ASUNTO. EXTRACTORA SUR DE BOLÍVAR S.A. Competencia de la Contraloría General de la República para ejercer Control Fiscal.

Respetado Doctor Ayala Pabón:

Conocemos su oficio ER72368 de 8 de Octubre de 2009, mediante el cual solicita concepto jurídico relacionado con la competencia que tiene la Contraloría General de la República para ejercer control fiscal sobre la firma "Extractora Sur de Bolívar S.A.", y la forma como este debe realizarse.

Para responder consideramos:

La "Extractora Sur de Bolívar S.A.", es una sociedad comercial constituida mediante Escritura Pública No. 1591 de 9 de Septiembre de 2004, de la Notaría Primera del Círculo de Barrancabermeja, por la "Compañía Palmera San Pablo Sur de Bolívar S.A.", "Compañía Palmera SIMITI Sur de Bolívar S.A.", "Valores Walkirias S.A.", "Empresa Palmas del Sur", "Asociación de Cultivadores de Palma del Sur de Bolívar, ASPALSUR" y la "Asociación de Pequeños Productores de Palma Africana de Simití, Sur de Bolívar, ASOPALMA".

Los socios, Compañía Palmera San Pablo Sur de Bolívar S.A., "Compañía Palmera SIMITI Sur de Bolívar S.A.", son empresas creadas por INCUAGRO, E.U., EN LIQUIDACIÓN que es, a su turno, una empresa constituida como producto del Convenio de Cooperación Técnica celebrado entre el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República y la Corporación Colombia Internacional.

Tal como lo indica los oficios remisorios del Gerente Departamental de Santander y el concepto técnico del Director de la Oficina de Planeación existe una participación de recursos públicos inyectados a través de la Corporación Colombia Internacional y por consiguiente tanto la Compañía Palmeras SIMITI S.A. como la Compañía Palmera San Pablo Sur de Bolívar poseen recursos públicos que se trasladan sin perder su naturaleza, en la inversión efectuada como socios de "EXTRACTORA SUR DE BOLÍVAR S.A." que es la empresa objeto de consulta.

El artículo 2º de la Ley 42 de 1993 señala:

"Son sujetos de control fiscal los órganos que integran las ramas legislativa y judicial, los órganos autónomos e independientes como los de control y electorales, los organismos que hacen parte de la estructura de la administración nacional y demás entidades nacionales, los organismos creados por la Constitución Nacional y la ley que tienen régimen especial, las sociedades de economía mixta, las empresas industriales y comerciales del Estado, los particulares que manejen fondos o bienes del Estado, las personas jurídicas y cualquier otro tipo de organización o sociedad que maneje recursos del Estado en lo relacionado con éstos y el Banco de la República."

El artículo 21 de la misma Ley reza:

"La vigilancia de la gestión fiscal en las sociedades de economía mixta se hará teniendo en cuenta la participación que el Estado tenga en el capital social, evaluando la gestión empresarial de tal forma que permita determinar que el manejo de los recursos públicos se realice de acuerdo con los principios establecidos en el artículo 8º de la presente ley.

Los resultados obtenidos tendrán efecto únicamente en lo referente al aporte estatal.

PAR. 1º—En las sociedades distintas a las de economía mixta en que el Estado participe la vigilancia fiscal se hará de acuerdo con lo previsto en este artículo."

De conformidad con la Escritura Pública No. 1591 de 9 de Septiembre de 2004, de la Notaría Primera del Círculo de Barrancabermeja, se constituyó la sociedad comercial bajo la forma de sociedad anónima denominada "Extractora Sur de Bolívar S.A.", en la cual como ya lo dijimos son socios entre otras la "Compañía Palmera San Pablo Sur de Bolívar S.A.", "Compañía Palmera SIMITI Sur de Bolívar S.A.", en las cuales existe también participación pública en un porcentaje del 22.19%

La Honorable Corte Constitucional en la Sentencia C-065 de 1997:

"...el Legislador entendió por participación la entrega de fondos o bienes para conformar el capital de una persona jurídica, de suerte que en tales eventos el Estado se convierte en socio de la entidad, mientras que debe entenderse por aporte cualquier otro tipo de entrega que no tenga por objeto la constitución misma del patrimonio de la entidad. Esta interpretación -que coincide con la de uno los intervinientes y con la Vista Fiscal- podría además apoyarse en el lenguaje utilizado por el legislador en otras leyes. Así por ejemplo, el artículo 177 de la Ley 115 de 1994 o Ley general de educación, cuando se refiere a la cofinanciación de los gastos de educación, entiende que ésta se lleva a cabo por la suma de los aportes de distintas procedencias. Finalmente, destaca la Corte, esta interpretación es la que le da sentido a la norma demandada, toda vez que ella dispone que en el caso de las "participaciones", el control fiscal se llevará a cabo según lo previsto para el control fiscal de las sociedades de economía mixta, en las cuales los dineros entregados por el Estado corresponden al concepto de participación puesto que se integran al capital social.

(...) por participación se debe entender la entrega de dineros u otros recursos que el Estado efectúa para integrar el capital social y para convertirse en socio de una entidad, mientras que el término aporte hace referencia a aquellas entregas de dineros o recursos estatales que no entran a formar el capital social sino que se efectúan para el cumplimiento de un proyecto o programa específico, es decir de un contrato.

(...) Así, una entidad que recibe aportes pero no participaciones -esto es, donde el Estado entrega recursos para proyectos pero no se convierte en asociado- queda, en general, sometida a una vigilancia fiscal sobre un contrato. En cambio, las entidades que reciben participaciones y en donde el Estado es miembro, se caracterizan porque la vigilancia fiscal se ejerce de manera directa sobre la entidad."

De conformidad con la citada Sentencia, cuando el Estado entrega a una persona jurídica fondos o bienes para conformar su capital, convirtiéndose en socio de la entidad, se habla de participaciones, evento en el cual el control fiscal a las "participaciones", se llevará a cabo de manera directa sobre toda la entidad y no sólo sobre el aporte estatal por cuanto lo que recibe la persona jurídica son recursos de un socio que integrarán su capital.

De conformidad con lo señalado, la "Extractora Sur de Bolívar S.A.", es sujeto de control fiscal de la CGR, toda vez que dentro de su composición accionaria se encuentran la **Compañía Palmera San Pablo Sur de Bolívar S.A.** y la **"Compañía Palmera SIMITI Sur de Bolívar S.A."**, en las cuales existe también participación pública.

Cordialmente

LUIS GUILLERMO CANDELA CAMPO
Director Oficina Jurídica

c.c. Doctor GILBERTO BARRADA AGUDELO, Gerente Departamental de Santander
Proyectó: Gloria Leonor Torres Gutiérrez.
Revisó: Juan Carlos Luna Rosero, Coordinador de Gestión.
Radicación: 2009IE53626 y 2009ER72368.

2. 80112-EE69122

Bogotá, D. C. Diciembre 03 de 2009.

Doctor
CARLOS EMILIO PICÓN
Alcalde Municipal
Convención – Norte de Santander
Palacio Municipal
Cúcuta – Norte de Santander

Asunto: LEY DE GARANTIAS - Aplicación

Respetado Doctor Picón:

1- ANTECEDENTES

En atención a la comunicación radicada con el número 2009ER79159 del 30 de octubre proveniente de la Gerencia Departamental de Norte de Santander, en donde se da traslado del oficio N° SGM-0201-082009-062 del 27 de octubre de 2009 por usted suscrito, en donde solicita la aclaración referente a la Ley de Garantías en lo pertinente a la contratación.

2- CONSIDERACIONES JURÍDICAS

La Ley Estatutaria N°. 996 de 2005, llamada Ley de Garantías, "Por medio de la cual se reglamenta la elección de Presidente de la República, de conformidad con el artículo 152 lit. f) de la Constitución Política de Colombia, y de acuerdo con lo establecido en el Acto Legislativo 02 de 2004, y se dictan otras disposiciones", reglamenta lo pertinente a la elección del Presidente y Vicepresidente de la República, respetando y manteniendo las condiciones de igualdad entre los diferentes candidatos a ocupar los mencionados cargos de elección popular como el Presidente y Vicepresidente de la República y los miembros del Congreso, procurando defender el marco legal dentro del cual se desarrolla el debate electoral.

Dicho postulado, incluye además, al Presidente en ejercicio que aspire a la reelección o al Vicepresidente, que aspire a la elección presidencial, estos últimos encontrándose bajo el mismo régimen.

En ese sentido y conociendo ya la fecha en la cual se llevara a cabo los comicios de miembros del Congreso de la República y a su vez las Presidenciales y de Vicepresidente, los cuales se realizarán el día 14 de marzo de 2010, y la primera vuelta para las elecciones presidenciales programadas para el día 30 de mayo de la misma anualidad, es apropiado que las entidades revisen y ajusten el Plan Contractual para el año (2010), procurando la contratación de bienes y servicios que requieran la continua y eficiente prestación de los servicios, teniendo en cuenta que se trate de bienes y servicios inaplazables e imprescindibles que afecten el normal funcionamiento de la entidad.

Por lo tanto, los entes territoriales y las entidades podrán contratar los bienes, obras y servicios a través de la celebración de convenios o mediante la contratación directa de los mismos, pues una vez entrada en vigencia la Ley 996 de 2005 solamente les estará permitido adquirirlos a través de las modalidades de selección de licitación pública, selección abreviada y concurso de méritos, en los términos establecidos en la Ley 1150 de 2007 y sus decretos reglamentarios.

Pero si bien la contratación directa queda prohibida durante éste período, la ley de garantías ha exceptuado algunos casos de contratación directa que pueden ser contratados, tales como los relacionados con la defensa y seguridad del Estado, los contratos de crédito público, los contratos requeridos para cubrir las emergencias educativas, sanitarias y desastres, así como los utilizados para la construcción de vías, puentes, carreteras, infraestructura energética y de comunicaciones, en caso de que hayan sido objeto de atentados, acciones terroristas, desastres naturales o casos de fuerza mayor y, los contratos que deban realizar las entidades sanitarias y hospitalarias.

Como vemos, Ley de Garantías Electorales está conformada por disposiciones aplicables a los niveles nacional y territorial, es así como, las entidades territoriales deberán, además de lo anterior, considerar lo siguiente:

El artículo 32 de la Ley de Garantías electorales, limita la vinculación a la nómina estatal en la rama ejecutiva, su aplicación se hace extensiva a las entidades territoriales, por cuanto ellas hacen parte de dicha rama.

"Artículo 32. Vinculación a la nómina estatal. Se suspenderá cualquier forma de vinculación que afecte la nómina estatal, en la Rama Ejecutiva del Poder Público, durante los cuatro (4) meses anteriores a la elección presidencial y hasta la realización de la segunda vuelta, si fuere el caso. Se exceptúan de la presente disposición, los casos a que se refiere el inciso segundo del artículo siguiente.

Parágrafo. Para efectos de proveer el personal supernumerario que requiera la Organización Electoral, la Registraduría organizará los procesos de selección y vinculación de manera objetiva a través de concursos públicos de méritos."

RESTRICCIONES EN MATERIA CONTRACTUAL

FECHA DE INICIO DE LA RESTRICCIÓN	FECHA DE TERMINACIÓN DE LA RESTRICCIÓN	ACTIVIDADES Y CONTRATOS
Hasta las 24 horas del día 14 de marzo de 2010. ¹		
A partir de la primera hora del día 13 de noviembre de 2009.		No se podrán realizar convenios interadministrativos para la ejecución de recursos públicos.
A partir de la primera hora del día 29 de enero de 2010.	Hasta las 24 horas del día 30 de mayo de 2010 ² (fecha de la elección presidencial) o hasta la hora 24:00 del día 30 de mayo de 2010.	Está restringida la contratación directa, es decir, no se podrán adelantar los procesos y la suscripción de los siguientes (entre otros): interadministrativos, contratos para el desarrollo de actividades científicas y tecnológicas; de encargo fiduciario que

* Directiva 001 de junio 19 de 2009 Alcaldía Mayor de Bogotá.

<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=36464> Consultada el día 14 de octubre de 2009.

¹ Artículo 38. Prohibiciones para los servidores públicos. A excepción de los empleados del Estado que se desempeñen en la rama judicial, en los órganos electorales, de control y de seguridad, a los demás servidores públicos autorizados por la Constitución, les está prohibido:

Parágrafo. Los Gobernadores, Alcaldes Municipales y/o Distritales, Secretarios, Gerentes y directores de Entidades Descentralizadas del orden Municipal, Departamental o Distrital, dentro de los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones, no podrán celebrar convenios interadministrativos para la ejecución de recursos públicos, ni participar, promover y destinar recursos públicos de las entidades a su cargo, como tampoco de las que participen como miembros de sus juntas directivas, en o para reuniones de carácter proselitista en las que participen los candidatos a cargos de elección popular. Tampoco podrán hacerlo cuando participen voceros de los candidatos. Texto subrayado declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-1153 de 2005.

² Artículo 33. Restricciones a la contratación pública. Durante los cuatro (4) meses anteriores a la elección presidencial y hasta la realización de la elección en la segunda vuelta, si fuere el caso, queda prohibida la contratación directa por parte de todos los entes del Estado.

realización de la segunda vuelta.	celebrar en las entidades territoriales cuando inician el Acuerdo de Reestructuración de Pasivos a que se refieren las Leyes 550 de 1999, 617 de 2000 y las normas que las modifiquen o adicionen, siempre y cuando los celebren con entidades financieras del sector público; cuando no exista pluralidad de oferentes en el mercado; para la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, o para la ejecución de trabajos artísticos que sólo puedan encomendarse a determinadas personas naturales y el arrendamiento o adquisición de inmuebles. ³
A partir de la primera hora del día 29 de enero de 2010 hasta las 24 horas del día 30 de mayo de 2010.	La escogencia del contratista, la adquisición de bienes y servicios se efectuará con arreglo a las modalidades de selección de licitación pública, selección abreviada y concurso de méritos, de conformidad con las leyes y reglamentos aplicables a cada organismo u entidad.

Por último es importante manifestar que mediante concepto N°. 2007EE23346 y 2007EE25109 de Junio 1 de 2007 esta Oficina se pronuncio sobre el mismo tema, el cual anexamos para su consulta.

3- CONCLUSIÓN

Por las consideraciones anteriormente expuestas, esta Oficina Asesora considera que la aplicación de la Ley 996 de 2005, se refiere a restricciones en materia de Contratación Estatal, con ocasión a las próximas elecciones de los miembros del Congreso y a las de Presidente y Vicepresidente de la República explicadas en la parte resolutive de esta consulta.

Cordial Saludo,

LUIS GUILLERMO CANDELA CAMPO
 Director Oficina Jurídica

Revisó: Juan Carlos Luna Rosero. Coordinador de Gestión.
 Proyectó: Sandra Roperó Morales. Profesional Universitario.
 Radicado: 2009ER79159

3. 80112 – EE70585

Bogotá, D.C., Diciembre 11 de 2009.

Doctor
ANTONIO MORENO RUMIÉ
 Contralor Auxiliar para Responsabilidad Fiscal
 Contraloría Departamental del Valle del Cauca
 Edificio de la Gobernación, pisos 5 y 6
 Carrera 6 entre calles 9 y 10
 Cali – Valle del Cauca

Ref. CONTRATACIÓN ESTATAL- Contratación de obras públicas con fundaciones sin ánimo de lucro de carácter mixto- Administración, Imprevistos y Utilidad (AIU). No se encuentran dentro de la excepción de la contratación directa. Deben participar en igualdad de condiciones que los particulares.

1 – ANTECEDENTES.

Mediante radicado ER77471 de octubre 27 de 2009, este Despacho recibió su consulta, mediante la cual solicita el siguiente concepto:

Queda exceptuado lo referente a la defensa y seguridad del Estado, los contratos de crédito público, los requeridos para cubrir las emergencias educativas, sanitarias y desastres, así como también los utilizados para la reconstrucción de vías, puentes, carreteras, infraestructura energética y de comunicaciones, en caso de que hayan sido objeto de atentados, acciones terroristas, desastres naturales o casos de fuerza mayor, y los que deban realizar las entidades sanitarias y hospitalarias. Adicionalmente se exceptúan aquellos gastos inaplazables e imprescindibles que afecten el normal funcionamiento de la administración. (Texto subrayado declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante **Sentencia C-1153 de 2005**).

³ Ley 1150 de 2007, artículo 2°, numeral 4°.

"El Fondo Mixto para la promoción del Deporte del Valle del Cauca es una Asociación sin ánimo de lucro de carácter mixto, constituida por aportes de la Gobernación del Valle del Cauca y de un grupo de vallecaucanos, destinados para la promoción y financiación del deporte en todas sus manifestaciones. Fue creado en 1993, según autorización de la Asamblea Departamental del Valle del Cauca al Gobernador, por la Ordenanza No. 008 de enero 12 de 1993.

La misión del Fondo es la promoción del deporte a nivel departamental y nacional, utilizando para ello los recursos tecnológicos, administrativos y financieros, para planear, organizar, dirigir y ejecutar eventos deportivos regionales, nacionales e internacionales; formación y capacitación en las diferentes áreas y las disciplinas y de las ciencias del deporte; asesoría y consultoría en el desarrollo de programas de iniciación, formación, desarrollo deportivo y organización de instituciones deportivas de diferente nivel; así como la construcción y/o adecuación de escenarios deportivos¹¹.

En este acontecer, ¿resulta viable que INDERVALLE celebre un Convenio Interadministrativo con el Fondo Mixto para que a su vez, con los recursos que le entrega pueda suscribir con sus "Asociados estratégicos" (conjunto de personas que aceptan constituirse en un grupo de expertos que permite al Fondo adelantar obras y programas a través de sus asociados) contratos de obra, en los que de una parte estipule descontar de cada proyecto entre el 2% y 5%, según el caso, para efectos de la Gerencia Técnica, procesos de evaluación y Auditoría de Control de Trabajo de sus asociados y, de otra, reconocer al contratista sobre el valor que resulta de descontar el 2% o el 5%, un 31.5% por concepto de A.I.U.?

Al respecto surgen los siguientes interrogantes:

- (1) ¿Pueden las entidades públicas convenir con entidades sin ánimo de lucro, en este caso, el Fondo Mixto, la administración de unos recursos a fin de que contrate la ejecución de unas obras deportivas?, ¿No sería este un artificio para eludir los procesos de contratación?
- (2) ¿Puede el Fondo Mixto descontar en esta clase de convenio un porcentaje del contrato por concepto de Gerencia Técnica (o gastos de administración), pese a que figura como Interventor del convenio la Universidad del Valle?
- (3) ¿Resulta válido que además de descontar el porcentaje de Gerencia Técnica, le reconozca al contratista un porcentaje del 31.5% como A.I.U.?

2 – CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

2.1. FUNDACIONES SIN ÁNIMO DE LUCRO MIXTAS.

El Art. 96 de la Ley 489 de 1998 reguló la constitución de asociaciones y fundaciones mixtas en las que existen aportes de particulares y del Estado en los siguientes términos:

"Artículo 96. Constitución de asociaciones y fundaciones para el cumplimiento de las actividades propias de las entidades públicas con participación de particulares. Las entidades estatales, cualquiera sea su naturaleza y orden administrativo podrán, con la observancia de los principios señalados en el artículo 209 de la Constitución, asociarse con personas jurídicas particulares, mediante la celebración de convenios de asociación o la creación de personas jurídicas, para el desarrollo conjunto de actividades en relación con los cometidos y funciones que les asigna a aquellas la ley.

Los convenios de asociación a que se refiere el presente artículo se celebrarán de conformidad con lo dispuesto en el artículo 355 de la Constitución Política, en ellos se determinará con precisión su objeto, término, obligaciones de las partes, aportes, coordinación y todos aquellos aspectos que se consideren pertinentes.

Cuando en virtud de lo dispuesto en el presente artículo, surjan personas jurídicas sin ánimo de lucro, estas se sujetarán a las disposiciones previstas en el Código Civil para las asociaciones civiles de utilidad común.

En todo caso, en el correspondiente acto constitutivo que dé origen a una persona jurídica se dispondrá sobre los siguientes aspectos:

- a-) Los objetivos y actividades a cargo, con precisión de la conexidad con los objetivos, funciones y controles propios de las entidades públicas participantes;
- b-) Los compromisos o aportes iniciales de las entidades asociadas y su naturaleza y forma de pago, con sujeción a las disposiciones presupuestales y fiscales, para el caso de las públicas;
- c-) La participación de las entidades asociadas en el sostenimiento y funcionamiento de la entidad.
- d-) La integración de los órganos de dirección y administración, en los cuales deben participar representantes de las entidades públicas y de los particulares.
- e-) La duración de la asociación y las cláusulas de disolución". (Subrayado es nuestro).

Este tipo de personas jurídicas sin ánimo de lucro, creadas con patrimonio mixto (de particulares y de entidades públicas), hacen parte de "las demás entidades de naturaleza especial creadas o autorizadas por la ley", contempladas en el Art. 38 de la Ley 489 de 1998.

2.2. ANTECEDENTES JURISPRUDENCIALES DE LAS FUNDACIONES MIXTAS.

La Corte Constitucional mediante Sentencia C-172 de 1994, respecto a la asignación de un capital público a una fundación que cuente también con aportes privado estableció:

¹¹ El consultante tomó esta información del sitio de internet: www.fonmixtoprofeporte.gov.co

"La asignación de un capital público a una fundación que cuente también con aportes privados, se enmarca dentro de los criterios de donación o auxilio sancionados por el artículo 355 superior, para la Corte esa liberalidad desconoce el espíritu del Constituyente por tratarse de una facultad sin control fiscal alguno. Pues una vez realizada la transacción económica por parte del Estado en favor de la fundación de capital mixto, ésta podrá disponer de esos bienes de conformidad con su libre albedrío y sin ningún tipo de observancia por parte de los entes fiscalizadores competentes. Tamaña facultad implica, ni más ni menos, abrir una puerta a espaldas de la Constitución Política para que se destinen los recursos del Estado a fines censurables que desconozcan de paso la vigencia del Estado social de derecho, la prevalencia del interés general y la búsqueda constante y necesaria de un orden social justo. Por lo anterior, la Corte se verá en la necesidad de declarar la inconstitucionalidad de la norma acusada, por cuanto permite que se manejen los recursos públicos con criterios de derecho privado y adecuados, no con la justicia distributiva, sino conmutativa, con lo cual se omite la presencia del interés general en los recursos públicos, así como su prevalencia natural. La declaración de inexequibilidad del artículo 6o. del Decreto 130 de 1976 por parte de esta Corporación, significa que, en adelante, las entidades privadas o mixtas sin ánimo de lucro que se sometan a un régimen de derecho privado sólo podrán adelantar sus tareas, y por ende recibir capital estatal, si celebran un contrato con el Gobierno Nacional, en los términos del artículo 355 de la Carta y de la reglamentación que se expida por parte de la rama ejecutiva del poder público". (Subrayado es nuestro).

Esta interpretación jurisprudencial de la naturaleza de las Fundaciones Mixtas fue modificada por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-506 de 1994, con el siguiente fundamento:

"El régimen que permite la conformación de las fundaciones y asociaciones sin ánimo de lucro, con carácter mixto por la participación de aportes de la Nación y de sus entidades descentralizadas, en todo caso significa la posibilidad de utilizar formas válidas y legítimas de asociación y participación en la gestión de fines públicos o de la atención y de la prestación de verdaderos servicios públicos, y no comportan por sí mismas un simple traslado de recursos públicos a los particulares".

Luego, mediante Sentencia C-230 de 1995 definió a las Fundaciones sin Ánimo de Lucro de carácter mixto, en el siguiente sentido:

"Las referidas corporaciones y fundaciones de participación mixta han sido reconocidas en nuestro derecho como entidades descentralizadas indirectas, es decir, constituyen modalidades de la descentralización por servicios. Por lo tanto, son entes que poseen una vinculación con el Estado en cuanto participan en el cumplimiento de actividades que constituyen objeto de los cometidos propios de éste, hasta el punto de que aquél al asociarse a ellas les entrega a título de aporte o participación bienes o recursos públicos (...)" (Subrayado es nuestro).

En el mismo año, mediante Sentencia C-316 de 1995 definió la participación y aporte del Estado a las Fundaciones sin Ánimo de Lucro de carácter mixto, en los siguientes términos:

"Si la participación en la creación de corporaciones y fundaciones sin ánimo de lucro por la Nación y sus entidades descentralizadas es un comportamiento ajustado a la preceptiva constitucional, participar a posteriori en tales entidades mediante el aporte respectivo, resulta igualmente una conducta acorde con la Constitución, pues de esta manera se hace efectivo el cometido constitucional antes aludido, relativo al fomento, desarrollo y promoción de la investigación científica y tecnológica".

En cuanto al control que debe tener la participación y aporte del Estado en este tipo de fundaciones, fue definido mediante Sentencia C-343 de 1995 como se transcribe a continuación:

"El fin primordial que busca la erradicación de los denominados "auxilios parlamentarios", es, ante todo, el que exista un control previo y posterior a la ejecución de los dineros públicos destinados a la realización de actividades conjuntas de interés público o social.

Por ello el contrato que se estipula en el inciso segundo del artículo superior en comento, al tener que estar en concordancia con los planes de desarrollo, prevé idéntica finalidad". (Subrayado es nuestro).

Finalmente, en cuanto a la constitucionalidad de la transferencia de recursos públicos a favor de particulares u organismos conformados con aportes públicos y privados, la Corte Constitucional se pronunció mediante Sentencia C-159 de 1998, en los siguientes términos:

"La Constitución no prohíbe, como medida infranqueable, que el Estado pueda transferir recursos públicos a favor de los particulares u organismos mixtos conformados con aportes públicos y privados, si la transferencia está legitimada en la necesidad de desarrollar y aplicar principios o derechos constitucionales establecidos. De este modo se logra una coherencia entre la prohibición de los auxilios y donaciones y los imperativos constitucionales relativos a la atención de los deberes sociales a cargo de las autoridades, y al cumplimiento de las finalidades constitucionales propias del Estado Social de Derecho".

2.3. NORMATIVIDAD APLICABLE A LAS FUNDACIONES MIXTAS.

Como se mencionó anteriormente, de conformidad con el Art. 96 de la Ley 489 de 1998, las Fundaciones Mixtas se sujetarán a las disposiciones previstas en el Código Civil para las asociaciones civiles de utilidad común¹².

¹² Las entidades sin ánimo de lucro son verdaderas personas jurídicas, que pueden estar constituidas bajo las modalidades de corporación, fundación o asociación, capaces de ejercer derechos y contraer obligaciones, y susceptibles de ser representadas judicial extrajudicialmente con sujeción a la ley y a sus propios estatutos; pero a diferencia de las sociedades comerciales, no persiguen la repartición de las ganancias entre los asociados sino que las reinvierten en pro de la actividad o fin perseguido. Nacen por voluntad de los asociados en virtud del derecho constitucional de asociación, o por la libertad de disposición de los bienes de los particulares, para la realización de fines altruistas o de beneficio comunitario, de lo que se infiere que no deberían contener dentro de su objeto la realización de actividades mercantiles.

En este orden, el Art. 650 del Código Civil señala que "Las fundaciones de beneficencia que hayan de administrarse por una colección de individuos, se regirán por los estatutos que el fundador les hubiere dictado; y si el fundador no hubiere manifestado su voluntad a este respecto, o sólo la hubiere manifestado incompletamente, será suplido este defecto por el presidente de la Unión".

En cuanto a su terminación, el Art. 652 del Código Civil señala que "Las fundaciones perecen por la destrucción de los bienes destinados a su manutención".

Don Andrés Bello en su proyecto de Código Civil consignó la siguiente clasificación en el artículo 644 de ese proyecto: "Las personas jurídicas son de dos especies: Corporaciones y fundaciones de piedad o utilidad pública". Esta distinción fue también elemento de análisis para Savigny y parece ser la base del texto del párrafo 2 del artículo 633 de nuestro código.

La tipología de las entidades de derecho privado sin ánimo de lucro se ha extendido en numerosas formas: existen en primer término "las fundaciones de beneficencia pública" y las "corporaciones" o "asociaciones" como las llama nuestro código. Las primeras vinculan un patrimonio entregado por el fundador a un fin de interés general. Las segundas agrupan unas personas humanas para la realización de un objeto común y como dice Ven Tuhr la voluntad de los asociados es decisiva para su existencia.

Las fundaciones que surgen de la iniciativa privada, se rigen "por los estatutos que el fundador les hubiere dictado"¹³. Si bien inicialmente, conforme a la reglamentación del estatuto civil las fundaciones eran consideradas dentro de un marco relativamente predeterminado, como de "beneficencia pública", es lo cierto que han venido ampliando su objeto, pudiendo ser específico y restringido, o múltiple siempre y cuando se atienda al interés social y no se contrarie la ley, el orden público, las buenas costumbres y no se persigan fines lucrativos.

Por lo anterior, el Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, mediante concepto de febrero 12 de de 1996, Radicación 773, conceptuó:

"Las fundaciones surgen por voluntad de su fundador o fundadores, quienes sin contravenir la ley, el orden público o las buenas costumbres, determinan su objeto, que puede ser general y amplio o específico y restringido, para el cumplimiento de fines de utilidad público o interés social sin ánimo de lucro.

(...) Los fundadores pueden prever su participación en la dirección o administración de la persona jurídica, inclusive integrar elementos propios de las asociaciones, como ya lo ha expresado esta corporación. Por tanto, todos o algunos de los fundadores particulares – los funcionarios públicos quedan sometidos al régimen de incompatibilidades prescrito por la ley- podrán percibir pagos por la realización de trabajos en desarrollo del objeto funcional, conforme a los estatutos, o con sujeción a éstos, por decisión de la junta directiva". (Subrayado es nuestro).

2.4. REQUISITOS DE LAS FUNDACIONES SIN ÁNIMO DE LUCRO PARA TENER UN RÉGIMEN TRIBUTARIO ESPECIAL.

Mediante el Decreto 4400 de 2004 se reglamentó el artículo 19 y el Título VI del Libro I del Estatuto Tributario referente al Régimen Tributario Especial, y en el artículo 1 del mismo se consagraron los requisitos que debían cumplir las fundaciones sin ánimo de lucro, para pertenecer a este régimen:

"**Artículo 1º. Contribuyentes con régimen tributario especial.** Son contribuyentes del Impuesto sobre la Renta y Complementarios sujetos al régimen tributario especial, de que trata el Título VI del Libro Primero del Estatuto Tributario, los siguientes:

1. Las corporaciones, fundaciones y asociaciones sin ánimo de lucro, con excepción de las contempladas en el artículo 23 del Estatuto Tributario, que cumplan totalmente con las siguientes condiciones:

a) Que el objeto social principal sea la realización de actividades de salud, deporte, educación formal, cultura, investigación científica o tecnológica, ecológica, protección ambiental o programas de desarrollo social;

b) Que las actividades que realice sean de interés general¹⁴;

¹³ Art. 650 del Código Civil.

¹⁴ Artículo 2º Dec. 4400 de 2004. Interés general y acceso a la comunidad. Para efectos de los artículos 19 y 359 del Estatuto Tributario, las actividades desarrolladas por las entidades a que se refiere el numeral 1º del artículo 1º de este Decreto, deben ser de interés general y que a ellas tenga acceso la comunidad. Las actividades son de interés general cuando beneficien a un grupo poblacional, como un sector, barrio o comunidad. Se considera que la entidad sin ánimo de lucro permite el acceso a la comunidad, cuando hace oferta abierta de los servicios y actividades que realiza en desarrollo de su objeto social, permitiendo que terceros puedan beneficiarse de ellas, en las mismas condiciones que los miembros de la entidad, o sus familiares. (...) Son actividades de deporte aficionado aquellas reguladas por la Ley 181 de 1995.

c) Que sus excedentes sean reinvertidos totalmente en la actividad de su objeto social y este corresponda a las actividades enunciadas en el literal a) del presente artículo.

2. Las personas jurídicas sin ánimo de lucro que realizan actividades de captación y colocación de recursos financieros y se encuentren sometidas a la vigilancia de la Superintendencia Bancaria.

(...)

Parágrafo 2°. Se entiende que las entidades descritas en los numerales 1 y 2 del artículo 1° del presente Decreto no tienen ánimo de lucro, cuando los excedentes obtenidos en desarrollo de sus actividades no se distribuyen en dinero ni en especie a los asociados o miembros de la entidad, ni aún en el momento de su retiro o por liquidación de la misma. Se considera distribución de excedentes la transferencia de dinero, bienes o derechos a favor de los asociados, miembros o administradores, sin una contraprestación a favor de la entidad.

Parágrafo 3°. Modificado por el artículo 1 del decreto 640 del 9 de marzo de 2005 - De conformidad con el parágrafo primero del artículo 19 del Estatuto Tributario, las corporaciones, fundaciones y asociaciones constituidas como entidades sin ánimo de lucro que no cumplan con la totalidad de las condiciones señaladas en el numeral primero del artículo 1° del presente decreto son contribuyentes del impuesto sobre la renta asimiladas a sociedades de responsabilidad limitada." (Subrayado es nuestro).

2.5. NATURALEZA JURÍDICA DEL INSTITUTO DEL DEPORTE, LA EDUCACIÓN FÍSICA Y LA RECREACIÓN DEL VALLE DEL CAUCA -INDERVALLE.

Mediante la Ordenanza No. 022 de noviembre 26 de 1997 se creó "El Instituto del Deporte, la Educación Física y la Recreación del Valle del Cauca", como organismo rector del deporte, la recreación, el aprovechamiento del tiempo libre y la educación física en el departamento, para reemplazar a la Junta Administradora de Deportes del Valle.

Su naturaleza jurídica es la de un Establecimiento Público del Orden Departamental, dotado de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, que hace parte integrante del Sistema Nacional del Deporte de que trata la Ley 181 de 1995.

La jurisdicción del Instituto del Deporte, la Educación Física y la Recreación del Valle del Cauca-INDERVALLE se extiende a todos los municipios del departamento.

2.6. NATURALEZA DE LOS CONTRATOS SUSCRITOS ENTRE INDERVALLE Y EL FONDO MIXTO PARA LA PROMOCIÓN DEL DEPORTE DEL VALLE DEL CAUCA.

Por la naturaleza jurídica del Fondo Mixto, los contratos que cualquier entidad pública suscriba con dicho Fondo, se regirán en principio por el Art. 355 de la Constitución Política¹⁵, Decreto 777 de 1992, Decreto 1403 de 1992 y Decreto 2459 de 1993.

En todo caso, de conformidad con el Art. 2 del Decreto 777 de 1992, se encuentran excluidos de éste régimen de excepción los siguientes contratos:

1. Los contratos que las entidades públicas celebren con personas privadas sin ánimo de lucro, cuando los mismos impliquen una contraprestación directa a favor de la entidad pública, y que por lo tanto podrían celebrarse con personas naturales o jurídicas privadas con ánimo de lucro, de acuerdo con las normas sobre contratación vigentes.

2. Las transferencias que se realizan con los recursos de los Presupuestos Nacional, Departamental, Distrital y Municipal a personas de derecho privado para que, en cumplimiento de un mandato legal, desarrollen funciones públicas o suministren servicios públicos cuya presentación esté a cargo del Estado de acuerdo con la Constitución Política y las normas que la desarrollan.

3. Las apropiaciones presupuestales decretadas a favor de personas jurídicas creadas por varias entidades públicas, como son las cooperativas públicas, o de corporaciones y fundaciones de participación mixta en cuyos órganos directivos estén representadas entidades

¹⁵ Art. 355.- Prohibición de auxilios estatales. Ninguna de las ramas u órganos del poder público podrá decretar auxilios o donaciones en favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado.

El gobierno, en los niveles nacional, departamental, distrital y municipal podrá, con recursos de los respectivos presupuestos, celebrar contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el plan nacional y los planes seccionales de desarrollo. El gobierno nacional reglamentará la materia.

públicas en forma proporcional a sus aportes, de acuerdo con las disposiciones estatutarias de la corporación o fundación¹⁶. (Subrayado es nuestro).

Para que los contratos que suscriba INDERVALLE con el Fondo Mixto para la promoción del deporte del Valle del Cauca, puedan ser considerados como "interadministrativos", deben cumplir los siguientes requisitos:

- (1) Debe existir una participación pública mayoritaria en dicho Fondo, para que de conformidad con el Art. 2, numeral 1, literal a) de la Ley 80 de 1993, pueda ser considerada como una "entidad estatal"¹⁷.
- (2) Las obligaciones derivadas del contrato deben tener "relación directa con el objeto de la entidad ejecutora" señalado en la ley o en su reglamento¹⁸.
- (3) La entidad ejecutora no puede ser una "institución de educación superior pública" si se trata de un contrato de obra, suministro, encargo fiduciario y fiducia pública¹⁹.

Cumplido lo anterior, como el régimen del Fondo ejecutor no es el de la Ley 80 de 1993, la ejecución de dichos contratos deberá someterse a los principios de la función administrativa a que se refiere el artículo 209 de la Constitución Política, al deber de selección objetiva y al régimen de inhabilidades e incompatibilidades de la Ley 80 de 1993.

2.7. ADMINISTRACIÓN, IMPREVISTOS Y UTILIDAD –A.I.U.

La figura del A.I.U. utilizada en los contratos de obra, servicios de aseo y vigilancia, fue creada para determinar la base gravable del impuesto a las ventas (I.V.A.) en determinados contratos. Las únicas normas que regulan el A.I.U son la Ley 788 de 2002 y los Decretos 1372 de 1992 y 522 de 2003 -todas normas tributarias-.

Jurisprudencialmente el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Radicación número 66001-23-31-000-1995-03254-02(15963), C.P. Ramiro Saavedra Becerra, de mayo 21 de 2008, ha definido los componentes del AIU como se transcribe a continuación:

"(...) En consecuencia, habrá de liquidarse la indemnización correspondiente con fundamento en el porcentaje de la utilidad esperada por el actor, calculada con fundamento en el AIU propuesto para el contrato, que corresponde a i) los costos de administración o costos indirectos para la operación del contrato, tales como los gastos de disponibilidad de la organización del contratista (A); ii) los imprevistos, que es el porcentaje "destinado a cubrir los gastos con los que no se contaba y que se presenten durante la ejecución del contrato (I) y iii) la utilidad o el beneficio económico que pretende percibir el contratista por la ejecución del contrato (U)".

2.7.1. PAGO DE LOS COSTOS DE ADMINISTRACIÓN.

La "Administración" de la ejecución de un contrato, incluye la planeación, organización, control de la ejecución y rendición de informes que debe hacer el contratista para atender los requerimientos de la entidad contratante.

Para el efecto, existen costos que no están incluidos en el valor de los ítems del contrato, tales como papelería, insumos de oficina, desplazamientos, pólizas de garantía, publicaciones, entre otros, que pueden ser reconocidos y pagados por la entidad contratante mediante la inclusión del pago de los mismos en el clausulado del contrato estatal.

Sin embargo, como estos "costos de administración" son pagados con recursos públicos, su tasación y pago deben encontrarse soportados y su valor no puede tener "sobrecostos" teniendo como referente los precios del mercado.

Para el efecto, las entidades estatales en los estudios de mercado que realicen para determinar el presupuesto oficial de sus procesos de selección, deberán incluir un estudio de los "costos de administración" en que pueden incurrir los contratistas durante la ejecución del contrato.

¹⁶ Modificado por el Art. 2 del Decreto 1403 de 1992.

¹⁷ Art. 2. Ley 80 de 1993. De la definición de entidades, servidores y servicios públicos. Para los solos efectos de esta ley: 1- Se denominan entidades estatales: a) La Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el distrito capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles. (Subrayado es nuestro).

¹⁸ Art. 2, numeral 4, literal c) de la Ley 1150 de 2007.

¹⁹ Art. 2, numeral 4, literal c) de la Ley 1150 de 2007.

Lo anterior, permite configurar un equilibrio económico del contrato justo, en el que el contratista no recibirá un valor superior a aquél en el que realmente incurrirá por concepto de "costos de administración" durante la ejecución del contrato.

En este orden, es posible encontrar "sobrecostos" en la tasación de los "costos de administración" que se pactan en los contratos estatales y estos "sobrecostos" generan un detrimento patrimonial para el Estado, que exige la intervención de los órganos de control.

Para el efecto del control fiscal, se entenderá que existe "sobrecosto" en todo aquél valor que las entidades que administran recursos públicos paguen y no se encuentre debidamente justificado.

Por lo anterior, nada se opone a que en los contratos que suscriban las entidades que administran recursos públicos con las fundaciones sin ánimo de lucro se reconozcan y paguen los "costos de administración". Sin embargo, el hecho de que se puedan pactar y pagar los "costos de administración" no significa que en los mismos se pueda permitir el pago de costos no justificados, porque estaríamos en este caso, en presencia de "sobrecostos" que generan detrimento patrimonial para el Estado.

2.7.2. PAGO DE IMPREVISTOS.

El pacto de una cláusula que destine un porcentaje del valor del contrato estatal a cubrir el costo de los imprevistos que puedan ocurrir durante su ejecución, no puede llevar a la conclusión de que si durante dicha ejecución no ocurren imprevistos, el porcentaje que se destinó para este concepto se convierte automáticamente en parte de la "utilidad" del contratista, porque una conclusión en este sentido permitiría:

- (1) Que el contratista se apropie sin fundamento legal alguno de recursos públicos que tenían una destinación específica "cubrimiento de imprevistos surgidos durante la ejecución del contrato".
- (2) Que el contratista evada el pago del IVA del porcentaje de "imprevistos", a pesar de que realmente dicho porcentaje hizo parte de la "utilidad" del contratista²⁰.

Así las cosas, la previsión e inclusión de un porcentaje del valor del contrato para cubrir "imprevistos menores" que puedan surgir durante la ejecución del mismo, sin tener que suscribir un contrato adicional, se ajusta a los fines de la contratación pública²¹. Sin embargo, las entidades que administran recursos públicos no pueden permitir que esta previsión se convierta en un instrumento para la evasión de impuestos por parte de los contratistas, cuando sin que ocurran "imprevistos" durante la ejecución del contrato, se apropian de éste porcentaje, convirtiéndolos en realidad en parte de su "utilidad".

Por lo anterior, las entidades que administran recursos públicos solo pueden pagar los "imprevistos" que el contratista acredite, porque la destinación de esta previsión es específica y no puede convertirse en parte de la "utilidad" del contratista.

En este orden, así como el contratista puede demostrar que el porcentaje de "imprevistos" fue insuficiente para no afectar su "utilidad", de la misma manera, la entidad contratante también puede solicitar la actualización o revisión de precios para evitar la afectación del equilibrio económico del contrato y abstenerse de pagar el porcentaje de "imprevistos" que el contratista no haya acreditado.

2.7.3. PAGO DE LA UTILIDAD A LAS FUNDACIONES SIN ÁNIMO DE LUCRO.

Teniendo en cuenta que la "utilidad" se define comúnmente como el "provecho material, el beneficio de cualquier índole, la ventaja, el interés, el rédito o el fruto²²", y en lo fiscal, se equipara al "ingreso por razón de trabajo o ejercicio de determinadas actividades profesionales²³"; y que el "lucro" se define como la "ganancia, provecho, utilidad o beneficio que se obtiene de alguna cosa²⁴", resultaría en principio contradictorio nominalmente pactar y pagar "utilidad" a las Fundaciones sin ánimo de lucro.

20 ART. 3 del Decreto 1372 de 1992—Impuesto sobre las ventas en los contratos de construcción de bien inmueble. En los contratos de construcción de bien inmueble, el impuesto sobre las ventas se genera sobre la parte de los ingresos correspondiente a los honorarios obtenidos por el constructor. Cuando no se pacten honorarios el impuesto se causará sobre la remuneración del servicio que corresponda a la utilidad del constructor. Para estos efectos, en el respectivo contrato se señalará la parte correspondiente a los honorarios o utilidad, la cual en ningún caso podrá ser inferior a la que comercialmente corresponda a contratos iguales o similares.

21 Para evitar la paralización del contrato mientras se consiguen los recursos y se surten los trámites administrativos que permitan cubrir el costo de imprevistos menores que surjan durante su ejecución.

22 CABANELLAS Guillermo, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Tomo VIII, p. 291.

23 *Ibid.*, p. 291.

24 CABANELLAS Guillermo, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Tomo V, p. 233.

Sin embargo, esta contradicción nominal, no genera contradicción jurídica, porque jurisprudencialmente se ha predicado la característica "sin ánimo de lucro" de los fundadores y asociados y no de la fundación en sí misma, teniendo en cuenta que los fundadores y asociados no reciben beneficios ni utilidades. Así lo ha establecido el Consejo de Estado en los siguientes términos:

"(...) Como bien lo analizan tanto el tribunal como la señora fiscal, la Fundación Shaio es una entidad sin ánimo de lucro, precisamente porque no hay posibilidad alguna de distribución de beneficios en ninguna oportunidad, ni en vigencia de la entidad, ni al momento de su disolución.

La fijación de tarifas y precios por los servicios que presta en alguna oportunidad, no le cambian su carácter de entidad sin ánimo de lucro, pues muchas son las entidades de utilidad común que obtienen ingresos en algunos de los bienes que enajenan o de los servicios que realizan. Precisamente para cumplir con la parte social de sus funciones se hace imperativo sostener su patrimonio con el cobro de precios o tarifas por los servicios prestados o los bienes enajenados²⁵.

En cuanto a la finalidad de las fundaciones sin ánimo de lucro, la Corte Suprema de Justicia mediante sentencia de agosto 21 de 1940, estableció:

"La fundación se distingue de la corporación en que es un establecimiento que persigue un fin especial de beneficencia o de educación pública para lo cual se destinan bienes determinados. En la fundación no hay personas asociadas sino un conjunto de bienes dotados de personería jurídica. En suma, en la corporación hay asociación de personas, en la fundación predeterminación de bienes a fines sociales". (Subrayado es nuestro).

Si el contrato es adjudicado en virtud del artículo 355 de la Constitución Política y del Decreto 777 de 1992, en el contrato no se podría pactar el reconocimiento y pago de utilidad alguna a la fundación, porque dicho contrato inmediatamente quedaría excluido de este régimen de contratación de excepción, de conformidad con el Art. 2 de dicho decreto, que literalmente establece:

"Artículo 2° Están excluidos del ámbito de aplicación del presente Decreto:

1. Los contratos que las entidades públicas celebren con personas privadas sin ánimo de lucro, cuando los mismos impliquen una contraprestación directa a favor de la entidad pública, y que por lo tanto podrían celebrarse con personas naturales o jurídicas privadas con ánimo de lucro, de acuerdo con las normas sobre contratación vigentes".

En este orden, un contrato de "obra pública" implica una "contraprestación directa a favor de la entidad pública", y además puede celebrarse con personas naturales o jurídicas privadas con ánimo de lucro, razón por la cual, su ejecución no podría ser adjudicada a una fundación sin ánimo de lucro en virtud del Art. 355 de la Constitución Política de Colombia y de sus decretos reglamentarios.

Sin embargo, en el caso de las Fundaciones mixtas, la adjudicación directa no se daría en virtud del Art. 355 de la Constitución Política y de sus decretos reglamentarios, sino del Art. 2 de la Ley 80 de 1993 y Art. 2, Numeral 4, literal c) de la Ley 1150 de 2007, por tratarse de un contrato interadministrativo, siempre y cuando en dicha fundación existan aportes estatales de más del 50% y el objeto de la fundación sea concordante con el objeto a contratar.

2.8. DIFERENCIA ENTRE CONTRATOS Y CONVENIOS.

De conformidad con el Art. 13 de la Ley 80 de 1993, los contratos estatales se rigen por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en el Estatuto General de Contratación. Por lo anterior, como la diferenciación entre "contratos" y "convenios" no fue definida en dicho Estatuto, para el efecto, se deben aplicar las normas y criterios establecidos en la legislación civil y comercial.

En este orden, el "convenio" es un acuerdo de voluntades para crear, transmitir, modificar o extinguir obligaciones y derechos reales o personales, teniendo así dos funciones: una positiva, que es crear o transmitir obligaciones y derechos, y otra negativa: modificarlos o extinguirlos.

Dentro de la terminología jurídica se ha hecho una distinción entre contratos y convenios en sentido estricto: al contrato se le ha dejado la función positiva, es decir, el acuerdo de voluntades para crear o transmitir derechos y obligaciones, y al convenio en sentido estricto, le corresponde la función negativa de modificar o extinguir esos derechos y obligaciones.

²⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Radicación 0979 del 10 de octubre de 1986. C.P. Enrique Low Mutra.

Para efecto del nacimiento de obligaciones jurídicamente exigibles, nuestro código civil utiliza indistintamente los términos "convenios" y "contratos", cuando establece: "Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones²⁶" y "Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa²⁷".

Sin embargo, equiparar convención a contrato resultaría inapropiado porque la convención es el género y el contrato la especie. Así todo contrato es una convención, más no toda convención es un contrato, como se estableció anteriormente.

En todo caso, la naturaleza jurídica del acuerdo de voluntades depende no del "nombre" que las partes le pongan, sino del contenido y alcance de las obligaciones pactadas. Por lo anterior, el hecho de que las partes bauticen su acuerdo de voluntades como "convenio" o como "contrato" en nada afecta la naturaleza jurídica de las obligaciones pactadas, ni puede ser un factor determinante para establecer el procedimiento de adjudicación que se debe aplicar.

2.8.1. CONTRATOS INTERADMINISTRATIVOS. Finalidad.

En términos generales, la contratación estatal busca cumplir los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines²⁸.

En ocasiones, la contratación debe efectuarse con otras entidades estatales con el fin de coordinar esfuerzos para la consecución de un objetivo común²⁹. En este sentido, estableció el Art. 78 del Decreto 2474 de 2008, reglamentario de la Ley 1150 de 2007 lo siguiente:

"Art. 78. Contratos interadministrativos. Las entidades señaladas en el artículo 2 de la Ley 80 de 1993 celebrarán directamente contratos entre ellas, siempre que las obligaciones del mismo tengan relación directa con el objeto de la entidad ejecutora. Cuando fuere del caso y de conformidad con lo dispuesto por las normas orgánicas de presupuesto serán objeto del correspondiente registro presupuestal".

En el pasado, entidades territoriales buscando evadir los procesos de selección establecidos en el Estatuto General de Contratación, conformaban asociaciones y cooperativas con otras entidades territoriales y/o particulares, para suscribir directamente con dichas asociaciones y/o cooperativas contratos interadministrativos que en virtud del Art. 24, numeral 1, literal c) de la Ley 80 de 1993, se adjudicaban en forma directa independientemente de su cuantía.

En su momento, este proceder de algunas entidades territoriales generaba:

- (1) Que la adjudicación de los contratos independientemente de su cuantía no se hicieran mediante licitación, sino mediante adjudicación directa.
- (2) Que particulares que se asociaran con las entidades territoriales en dichas cooperativas y asociaciones, pudieran obtener beneficios económicos derivados de la ejecución de contratos adjudicados de manera directa.
- (3) Que particulares que no tenían influencia política para hacer parte de una asociación y/o cooperativa de entidades territoriales, estaban en desventaja respecto de los particulares que si tenían dicha influencia, porque a los segundos les eran adjudicados contratos directamente sin que tuvieran que participar en procesos de selección.

Estas indeseables consecuencias, fueron subsanadas con la expedición de la Ley 1150 de 2007, que en su artículo 10 estableció:

"Artículo 10. Tratamiento para las cooperativas y asociaciones de entidades territoriales. Las cooperativas, las asociaciones conformadas por entidades territoriales y en general los entes solidarios de carácter público estarán sometidos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. La celebración de contratos de entidades estatales con asociaciones o cooperativas de entidades territoriales y en general con entes solidarios, se someterá a los procesos de selección de que trata la presente ley, en los que participarán en igualdad de condiciones con los particulares". (Subrayado es nuestro).

Por lo anterior, si las asociaciones y/o cooperativas que conformen los entes territoriales no hacen parte de la excepción de contratación directa establecida en el Art. 2, numeral 4, literal c) de la Ley 1150 de 2007, con menor razón lo harán las asociaciones y/o cooperativas que conformen las

²⁶ Art. 1494 del Código Civil.

²⁷ Art. 1495 del Código Civil.

²⁸ Art. 3 de la Ley 80 de 1993.

²⁹ Art. 209 de la Constitución Política de Colombia. (...) Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley. (Subrayado es nuestro).

entidades descentralizadas de dichos entes territoriales, porque el ente territorial no puede transferir en el acto de creación más derechos de los que tiene.

3 – CONCLUSIONES.

La Oficina Jurídica en uso de las facultades establecidas en el Art. 43 del Decreto Ley 267 de 2000, Art. 25 del Código Contencioso Administrativo y Circular No. 017 de noviembre 21 de 2006, se permite emitir el siguiente concepto:

- (1) ¿Pueden las entidades públicas convenir con entidades sin ánimo de lucro, en este caso, el Fondo Mixto, la administración de unos recursos a fin de que contrate la ejecución de unas obras deportivas?, ¿No sería este un artificio para eludir los procesos de contratación?

Para efectos de la contratación estatal, las Fundaciones Mixtas reguladas en el Art. 96 de la Ley 489 de 1998, si están conformadas por entidades territoriales o por entidades descentralizadas de dichas entidades territoriales, en los procesos de selección de contratistas, deben participar en igualdad de condiciones que los particulares³⁰, cuando el objeto del contrato sea de aquellos que pueda ser prestado indistintamente por cualquier particular³¹.

En el caso objeto de consulta, es evidente que un contrato de obra pública puede ser prestado por cualquier particular, razón por la cual, no se encontraría dentro de la excepción del Art. 355 de la Constitución Política de Colombia, y aunque se trate de un contrato interadministrativo, de conformidad con el Art. 10 de la Ley 1150 de 2007, dicha fundación –en su calidad de asociación de un ente descentralizado de una entidad territorial- debe participar en los procesos de selección en igualdad de condiciones que los particulares.

Por lo anterior, una Fundación Mixta eventualmente podría ejecutar el objeto contractual, siempre y cuando el contrato se le haya adjudicado previo proceso de selección en el que hubiera participado en igualdad de condiciones con los particulares.

- (2) ¿Puede el Fondo Mixto descontar en esta clase de convenio un porcentaje del contrato por concepto de Gerencia Técnica (o gastos de administración), pese a que figura como Interventor del convenio la Universidad del Valle?

Respecto de los ítems específicos del contrato esta Oficina no se puede pronunciar. Solo se podría recomendar revisar que los ítems pactados se encuentren debidamente soportados y justificados y que además en los mismos no se evidencien sobrecostos.

Si en el contrato el costo de "interventoría" se encuentra relacionado dentro de los costos de "Gerencia Técnica" o "Gastos de administración" y a la vez, dicha interventoría está siendo asumida sin costo alguno para la entidad contratante, por un tercero, se tendría que entrar a valorar que el gasto no estaría justificado.

- (3) ¿Resulta válido que además de descontar el porcentaje de Gerencia Técnica, le reconozca al contratista un porcentaje del 31.5% como A.I.U.?"

En todo caso, si se trata de un contrato regido por el Art. 355 de la Constitución Política y sus decretos reglamentarios, no puede existir AIU.

Si se trata de un contrato adjudicado después de un proceso de selección en el que la fundación participó en igualdad de condiciones con los particulares, el porcentaje de AIU debe estar justificado dentro del contrato y sus antecedentes.

Se debe revisar que en la administración no existan sobrecostos, que los imprevistos no se paguen, si no se acreditó su ocurrencia dentro de la ejecución del contrato y que la utilidad sea razonable.

4 – ALCANCE DEL CONCEPTO.

Se hace procedente señalar que en virtud de ser la Oficina Jurídica una dependencia asesora, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 43 del Decreto Ley 267 de 2000, los conceptos tienen el carácter que les atribuye el artículo 25 del Código Contencioso Administrativo, es decir que carecen de fuerza vinculante.

³⁰ Art. 10 de la Ley 1150 de 2007.

³¹ De conformidad con el Art. 2 del Decreto 777 de 1992, se encuentran excluidos del régimen de excepción establecido en el Art. 355 de la Constitución Política y Decretos Reglamentarios, los siguientes contratos: *1. Los contratos que las entidades públicas celebren con personas privadas sin ánimo de lucro, cuando los mismos impliquen una contraprestación directa a favor de la entidad pública, y que por lo tanto podrían celebrarse con personas naturales o jurídicas privadas con ánimo de lucro, de acuerdo con las normas sobre contratación vigentes.*

Le informamos que los conceptos expresados por esta dependencia con relación a éste y otros temas pueden ser consultados visitando el enlace "Normatividad – Conceptos" de nuestro portal institucional: <http://www.contraloriagen.gov.co>

Cordialmente,

LUIS GUILLERMO CANDELA CAMPO
Director Oficina Jurídica

Proyectó: Rossy Liliana Ascencio Pachón, Profesional Universitario
Revisó: Juan Carlos Luna Rosero, Coordinador de Gestión
Radicado: 2009ER77471

Copia: Gerencia de Gestión Administrativa y Financiera, Contraloría General de la República
Dirección de Recursos Físicos, Contraloría General de la República
Dirección Financiera, Contraloría General de la República

4. 80112-EE70823

Bogotá, D. C. Diciembre 14 de 2009.

Señor
WILLIAM FREDI GONZÁLEZ OVALLE
Santa Juana de las Villas M-12 c-1
Pereira - Risaralda

Asunto: PLAN DE MEJORAMIENTO – Sanción por incumplimiento.

Respetado Señor González

4- ANTECEDENTES

Recibimos su solicitud de concepto con fecha del 29 de octubre de 2009, con radicado 2009IE52874 mediante el cual solicita concepto sobre "la sanción y la norma que se le aplica a un funcionario público por el incumplimiento a un Plan de Mejoramiento de la Contraloría General de la República, o que lo haya reportado sin haberlo realizado"

5- CONSIDERACIONES JURÍDICAS

La Constitución Política de Colombia en el inciso del artículo 267, establece:

"El control fiscal es una función pública que ejercerá la Contraloría General de la República, la cual vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación."

El artículo 272 de la Constitución, consagra:

"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. La de los municipios incumbe a las contralorías departamentales, salvo lo que la ley determine respecto de contralorías municipales."

En virtud de tales disposiciones normativas, la Contraloría General de la República es competente para ejercer control fiscal sobre cualquier tipo de organización, entidad, persona jurídica o particular en la medida en que maneje recursos de la Nación, al igual que también son competentes para ejercer la vigilancia de la gestión fiscal las contralorías municipales, distritales y departamentales, sobre los recursos propios de las entidades territoriales.

En este sentido, el artículo 101 de la Ley 42 de 1993 "Sobre la organización del sistema de control fiscal financiero y los organismos que lo ejercen" dispone sobre sanciones lo siguiente:

"ART. 101.—Los contralores impondrán multas a los servidores públicos y particulares que manejen fondos o bienes del Estado, hasta por el valor de cinco (5) salarios devengados por el sancionado a quienes no comparezcan a las citaciones que en forma escrita les hagan las contralorías; no rindan las cuentas e informes exigidos o no lo hagan en la forma y oportunidad establecidos por ellas; incurran reiteradamente en errores u omitan la presentación de cuentas e informes; se les determinen glosas de forma en la revisión de sus cuentas; de cualquier manera entorpezcan o impidan el cabal cumplimiento de las funciones asignadas a las contralorías o no les suministren oportunamente las informaciones solicitadas; teniendo bajo su responsabilidad asegurar fondos, valores o bienes no lo hicieren oportunamente o en la cuantía requerida; no adelanten las acciones tendientes a subsanar las deficiencias señaladas por las contralorías; no cumplan con las obligaciones fiscales y cuando a criterio de los contralores exista mérito suficiente para ello." (Subrayado fuera del texto original).

De acuerdo al artículo 7 y párrafo del mismo de la Resolución Orgánica 5580 del 18 de mayo de 2004, "Por la cual se reglamenta la metodología de los planes de mejoramiento y se modifica parcialmente la Resolución Orgánica 5544 de 2003", se establece la forma y plazo de presentación del Plan de Mejoramiento, además de la sanción por incumplimiento, el cual establece:

"Artículo 7. PRESENTACIÓN Y PLAZO. El sujeto de control que tenga su sede principal en Bogotá, Distrito Capital, deberá presentar el plan de mejoramiento a la Contraloría Delegada, que le ejerza vigilancia y control fiscal. En caso que el sujeto de control tenga su sede principal en ciudad diferente a Bogotá, deberá remitirse simultáneamente a la Contraloría Delegada y a la Gerencia Departamental respectiva. El plan de mejoramiento se presentará, en todos los casos en copia dura y medio magnético, en un plazo máximo de quince días hábiles, contados a partir de la presentación del informe definitivo de auditoría, según el Anexo 1, Formato 1 de esta Resolución.

Parágrafo. El incumplimiento del plazo establecido por parte del sujeto de control, dará lugar a aplicar la sanción a que se refiere el Título II, Capítulo V, Artículo 101 de la Ley 42 de 1993, y el literal h) numeral 2 del Artículo 4 de la Resolución Orgánica 5554 de 2004." (Subrayado fuera del texto original)

De igual forma, el numeral 2, literal h) del artículo 4 de la Resolución Orgánica 5554 del 11 de marzo de 2004 "Por la cual se modifica el procedimiento administrativo sancionatorio en la Contraloría General de la República y se fijan sus competencias", establece igualmente en ese sentido:

"ARTÍCULO 4º. SANCIONES: De conformidad con los Artículos 100, 101 y 102 de la Ley 42 de 1993, los funcionarios competentes de acuerdo con lo dispuesto en la presente resolución, impondrán las siguientes sanciones:

(...)

2). MULTA.

Los funcionarios competentes podrán imponer multas a los servidores del Estado y a los particulares que manejen fondos o bienes públicos, hasta por el valor de cinco (5) salarios devengados por el sancionado (ciento cincuenta 150 días) para la época de los hechos, cuando incurran en una de las siguientes conductas:

h) No adelanten las acciones orientadas a subsanar las deficiencias señaladas por la Contraloría; tales como las comprendidas en los planes de mejoramiento.

(...)"

6- CONCLUSIÓN

Por las consideraciones anteriormente expuestas, esta Oficina Asesora considera que la sanción que se le aplica a un funcionario público por el incumplimiento a un Plan de Mejoramiento de la CGR, será una multa, equivalente al valor de cinco (5) salarios devengados por el sancionado (ciento cincuenta 150 días) para la época de los hechos, lo anterior de acuerdo a la Ley 42 de 1993, la Resolución Orgánica 5554 de 2004 y la Resolución Orgánica 5580 de la misma anualidad.

Cordial Saludo,

LUIS GUILLERMO CANDELA CAMPO
Director Oficina Jurídica

Revisó: Juan Carlos Luna Rosero, Coordinador de Gestión.
Proyectó: Sandra Roperó Morales, Profesional Universitario.
Radicado: 2009IE52874

SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS

CONCEPTO SSPD 763

(22 de Septiembre de 2009)

Bogotá D.C.,

Señora
ELIDED OFELIA NIÑO PAIPA
Directora Asesoría Legal
COMPAÑÍA DE SERVICIOS PÚBLICOS DE SOGAMOSO S.A. E.S.P.
Centro Administrativo, tercer piso
Sogamoso - BOYACÁ

Ref.: Su Solicitud de Concepto⁽¹⁾

Se basa la consulta objeto de estudio en conceptuar si, a la luz de la sentencia C-736 de 2007 de la Corte Constitucional, las empresas de servicios públicos mixtas se encuentran sometidas a las disposiciones de la ley 996 de 2005, particularmente al artículo 33 y al parágrafo del artículo 38.

Antes de brindar una respuesta a su solicitud, debemos advertir que la misma se formula con el alcance previsto en el artículo 25 del Código Contencioso Administrativo, toda vez que los conceptos emitidos por la Oficina Asesora Jurídica de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, en respuesta a una petición en la modalidad de consulta, constituyen orientaciones y puntos de vista que no comprometen la responsabilidad de la entidad, ni tienen carácter obligatorio ni vinculante.

De manera adicional, es preciso aclarar que la finalidad de las consultas no puede ser otra distinta que la búsqueda de orientación o información acerca de la forma como actúa la administración. En ese contexto, las respuestas suministradas por la Oficina Asesora Jurídica de la SSPD no tienen la potestad de definir situaciones concretas o particulares, sino que se limitan a conceptuar, en términos generales, en relación con las materias bajo su cargo.

La ley 996 del 24 de noviembre de 2005, "Por medio de la cual se reglamenta la elección de Presidente de la República, de conformidad con el artículo 152 literal f) de la Constitución Política de Colombia, y de acuerdo con lo establecido en el Acto Legislativo 02 de 2004, y se dictan otras disposiciones", más conocida popularmente como "ley de garantías", señala en su artículo 33 que:

"ARTÍCULO 33. RESTRICCIONES A LA CONTRATACIÓN PÚBLICA. Durante los cuatro (4) meses anteriores a la elección presidencial y hasta la realización de la elección en la segunda vuelta, si fuere el caso, queda prohibida la contratación directa por parte de todos los entes del Estado.

Queda exceptuado lo referente a la defensa y seguridad del Estado, los contratos de crédito público, los requeridos para cubrir las emergencias educativas, sanitarias y desastres, así como también los utilizados para la reconstrucción de vías, puentes, carreteras, infraestructura energética y de comunicaciones, en caso de que hayan sido objeto de atentados, acciones terroristas, desastres naturales o casos de fuerza mayor, y los que deban realizar las entidades sanitarias y hospitalarias." (La subraya es nuestra).

La anterior disposición ha generado múltiples debates, orientados principalmente en torno a definir qué se entiende por las expresiones "contratación directa" y "todos los entes del Estado", pues, al parecer, no ha sido claro si ellas se están refiriendo, exclusivamente, al procedimiento contractual previsto en el estatuto general de contratación de la administración pública, y a la rama ejecutiva del poder público. Por supuesto, la mayoría de inquietudes sobre este tema han tenido el propósito práctico de dilucidar si una empresa o entidad, de manera concreta, se encuentra sujeta a las restricciones de la ley 996 de 2005, particularmente a las que en materia contractual prevé el mencionado artículo 33.

En materia de servicios públicos, por lo menos hasta antes de la expedición de la sentencia C-736 del 19 de septiembre de 2007, proferida por la Corte Constitucional con ponencia del Magistrado Marco Gerardo Monroy Cabra, sólo se tenía la claridad de que las empresas de servicios públicos

oficiales, las empresas industriales y comerciales del Estado prestadoras de servicios públicos, y los municipios prestadores directos de servicios públicos, estaban sujetos a la aplicación de las disposiciones de la ley 996 de 2005.

Para llegar a la anterior conclusión, esta Superintendencia, a través del Departamento Nacional de Planeación, solicitó a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado pronunciarse respecto del "alcance del artículo 33 de la Ley 996 de 2005 en relación con los distintos prestadores de servicios públicos domiciliarios, a saber: las empresas oficiales, incluyendo las empresas industriales y comerciales, las mixtas y los municipios cuando directamente entregan a la comunidad esta clase de servicios." (La subraya es nuestra).

Al suministrar la respuesta mediante concepto No. 1.727 del 20 de febrero de 2006, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, con ponencia del Consejero Enrique José Arboleda Perdomo, manifestó:

"a) y b). El artículo 33 de la ley 996 de 2005, efectivamente se aplica a los prestadores de servicios públicos domiciliarios (empresas de servicios públicos oficiales y empresas industriales y comerciales del Estado) y a los municipios prestadores directos, incluyendo las excepciones contenidas en el segundo inciso de esta norma, de acuerdo con lo expuesto en la parte considerativa de este concepto."

Sin embargo, en la respuesta no se hizo referencia expresa a las empresas de servicios públicos mixtas, ni a las privadas con cualquier porcentaje de participación pública.

Ahora bien, con anterioridad al concepto mencionado, esto es, el 20 de enero de 2006, la SSPD expidió el concepto No. 044 de 2006 en el que concluyó, únicamente con fundamento en la lectura del artículo 38 de la ley 489 de 1998, que las empresas mixtas de servicios públicos eran diferentes de las sociedades de economía mixta y que, por lo tanto, no formaban parte de la estructura de la rama ejecutiva del poder público.

Pero es necesario aclarar que, hasta ese momento, existían interpretaciones razonables que avalaban la posición sostenida por la Superintendencia, como la expuesta en sentencia T-1212 del 3 de diciembre de 2004, con ponencia del Magistrado Rodrigo Escobar Gil, según la cual:

"Sin embargo, los artículos 38 y 84 de la Ley 489 de 1998, aclararon la naturaleza jurídica de las empresas de servicios públicos domiciliarios, al reconocer que únicamente forman parte de la rama ejecutiva del poder público en el orden nacional del sector descentralizado por servicios. "las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios". Bajo la citada premisa, y acudiendo a la interpretación por vía de exclusión, se puede concluir que las restantes tipologías de empresas de servicios públicos domiciliarios, corresponden a modalidades de personas jurídicas de derecho privado.

Sobre la materia, el Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, en sentencia del 28 de enero de 1999, al conceptualizar sobre la imposibilidad de las Contralorías Departamentales de cobrar la cuota de vigilancia fiscal a las empresas privadas y mixtas de servicios públicos domiciliarios; consideró que, por su origen, dichas empresas no forman parte de la rama ejecutiva del poder público en el orden nacional del sector descentralizado por servicios y, por lo mismo, no pueden considerarse como autoridades públicas. Al respecto, la citada Corporación manifestó: "(...)" (Las subrayas son nuestras).

Teniendo en cuenta ese antecedente y el hecho de que el concepto No. 1727 de 2006 no se refirió expresamente a las empresas de servicios públicos mixtas, ni a las privadas con cualquier porcentaje de participación pública, posteriormente la SSPD expidió el concepto No. 212 de 2006, en el cual manifestó que: "Por otra parte, en lo que respecta a las empresas de servicios públicos mixtas, estas se encuentran fuera del ámbito de aplicación de la Ley de Garantías, toda vez que las mismas no hacen parte de las entidades que conforman la estructura de la administración pública, en razón a que las empresas de servicios públicos son distintas de las sociedades de economía mixta reguladas por la Ley 489 de 1998 y el Código de Comercio."

A pesar de lo anterior, la Corte Constitucional, mediante sentencia C-736 de 2007⁽²⁾, aclaró las diferentes posiciones sobre el tema al manifestar que las empresas de servicios públicos mixtas y las privadas con cualquier porcentaje de participación pública, son entidades descentralizadas y pertenecen a la estructura de la rama ejecutiva del poder público. A partir de dicho pronunciamiento, esta Superintendencia se ha visto en la necesidad de corregir y recoger la posición que sostuvo en los conceptos 2002130000601, SSPD-OJ-2005-159, SSPD-OJ-2005-275, SSPD-OJ-2005-597, SSPD-OJ-2006-044 y SSPD-OJ-2006-212, particularmente cuando señaló que las únicas empresas de servicios públicos que integraban el sector descentralizado por servicios de la administración pública, eran las empresas de servicios públicos oficiales.

No sobra aclarar que, con fundamento en la sentencia C-736 de 2007, se sigue sosteniendo que las empresas de servicios públicos mixtas y las privadas con cualquier porcentaje de participación pública, son diferentes de las sociedades de economía mixta previstas en la ley 489 de 1998. Pero

debe entenderse que esa distinción no es opuesta al hecho de considerar a dichas empresas como entidades descentralizadas y pertenecientes a la rama ejecutiva del poder público.

De otra parte, toda vez que el mencionado concepto No. 1.727 advirtió que la intención del artículo 33 de la ley 996 de 2005, no fue la de excluir de su aplicación a las entidades que no encajaran dentro de la noción de rama ejecutiva, y que la sentencia C-736 de 2007, en sus consideraciones, incluyó dentro de la rama ejecutiva a las empresas de servicios públicos mixtas y a las privadas con cualquier porcentaje de participación pública, esta Superintendencia también corrige y recoge su posición anterior, manifestando que dichas empresas sí se encuentran sujetas a las disposiciones de la ley 996 de 2005 o "ley de garantías".

Todas las razones expuestas con anterioridad, también resultan aplicables frente al parágrafo del artículo 38⁽³⁾ de la ley 996 de 2005. En consecuencia, las empresas de servicios públicos mixtas y las privadas con cualquier porcentaje de participación pública, también quedarían sujetas a dicha disposición.

Finalmente, le informamos que esta Superintendencia ha puesto a disposición de la ciudadanía un sitio de consulta al que usted puede acceder en la siguiente dirección: www.superservicios.gov.co/basedoc/. Ahí encontrará normatividad, jurisprudencia y doctrina sobre los servicios públicos domiciliarios, en particular los conceptos emitidos por esta entidad.

Cordialmente,

MARINA MONTES ÁLVAREZ

Jefe Oficina Asesora Jurídica

1 Radicado No. 2009-529-054343-2. Reparto 1422.

Preparado por PEDRO LEONARDO PACHECO JIMÉNEZ, Asesor Oficina Asesora Jurídica.

2 En esa ocasión, la Corte Constitucional manifestó:

"No obstante, la Corte observa que una interpretación armónica del literal d) del artículo 38 de la Ley 489 de 1998, junto con el literal g) de la misma norma, permiten entender que la voluntad legislativa no fue excluir a las empresas de servicios públicos mixtas o privadas de la pertenencia a la Rama Ejecutiva del poder público. Ciertamente, el texto completo del numeral 2° del artículo 38 es del siguiente tenor:

(...) Nótese cómo en el literal d) (sic) el legislador incluye a las "demás entidades administrativas nacionales con personería jurídica que cree, organice o autorice la ley para que formen parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público", categoria dentro de la cual deben entenderse incluidas las empresas de servicios públicos mixtas o privadas, que de esta manera se entienden como parte de la Rama Ejecutiva en su sector descentralizado nacional.

Así las cosas, de cara a la constitucionalidad del artículo 38 de la Ley 498 de 1998, y concretamente de la expresión "las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios" contenida en su literal d), la Corte declarará su exequibilidad, por considerar que dentro del supuesto normativo del literal g) se comprenden las empresas mixtas o privadas de servicios públicos, que de esta manera viene a conformar también la Rama Ejecutiva del poder público.

5.3.2 En cuanto al artículo 68 de la misma ley, se recuerda en seguida su tenor:

(...) Obsérvese que si bien el legislador sólo considera explícitamente como entidades descentralizadas a las empresas oficiales de servicios públicos, es decir a aquellas con un capital cien por ciento (100%) estatal, lo cual haría pensar que las mixtas y las privadas no ostentarían esta naturaleza jurídica, a continuación indica que también son entidades descentralizadas "las demás entidades creadas por la ley o con su autorización, cuyo objeto principal sea el ejercicio de funciones administrativas, la prestación de servicios públicos o la realización de actividades industriales o comerciales con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio." (Subraya la Corte). Así las cosas, de manera implícita incluye a las empresas de servicios públicos mixtas o privadas como entidades descentralizadas, por lo cual la Corte no encuentra obstáculo para declarar su constitucionalidad." (Las subrayas son nuestras).

3 "ARTÍCULO 38. PROHIBICIONES PARA LOS SERVIDORES PÚBLICOS. A los empleados del Estado les está prohibido:

(...) PARÁGRAFO. Los gobernadores, alcaldes municipales y/o distritales, secretarios, gerentes y directores de entidades descentralizadas del orden municipal, departamental o distrital, dentro de los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones, no podrán celebrar convenios interadministrativos para la ejecución de recursos públicos, ni participar, promover y destinar recursos públicos de las entidades a su cargo, como tampoco de las que participen como miembros de sus juntas directivas, en o para reuniones de carácter proselitista.

Tampoco podrán inaugurar obras públicas o dar inicio a programas de carácter social en reuniones o eventos en los que participen candidatos a la Presidencia y Vicepresidencia de la República, el Congreso de la República, gobernaciones departamentales, asambleas departamentales, alcaldías y concejos municipales o distritales. Tampoco podrán hacerlo cuando participen voceros de los candidatos.

No podrán autorizar la utilización de inmuebles o bienes muebles de carácter público para actividades proselitistas, ni para facilitar el alojamiento, ni el transporte de electores de candidatos a cargos de elección popular. Tampoco podrán hacerlo cuando participen voceros de los candidatos.

La nómina del respectivo ente territorial o entidad no se podrá modificar dentro de los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones a cargos de elección popular, salvo que se trate de provisión de cargos por faltas definitivas, con ocasión de muerte o renuncia irrevocable del cargo correspondiente debidamente aceptada, y en los casos de aplicación de las normas de carrera administrativa."