



**Radicado No: 20211100015131**

**Fecha: 05-05-2021**

Bogotá,  
110

Señora  
**YUSELY REYES ANGARITA**  
[yreyes-@hotmail.com](mailto:yreyes-@hotmail.com)

Referencia: Concepto 110.027.2021  
SIA-ATC. 012021000215  
*1. De la inversión de recursos públicos en bienes de naturaleza privada*  
*2. Del proceso de responsabilidad fiscal*

Señora Yusely:

La Auditoría General de la República recibió su requerimiento a través de correo electrónico del 14 de marzo de 2021, el cual fue radicado bajo el SIA-ATC. 012021000215, en el que consulta:

- 1. Se pueden invertir recursos públicos en un bien inmueble que es de propiedad de particulares.*
- 2. Cuales (sic) son las excepciones que la ley ha previsto para que el Estado pueda invertir recursos públicos en inmuebles privados.*
- 3. Que (sic) normas se violan si una administración municipal realiza inversión de recursos públicos en bienes de particulares.*
- 4. Es dable un proceso de responsabilidad fiscal si se invierte recursos públicos en predios que son de propiedad de privados*

Antes de proceder a dar respuesta a lo planteado, debemos indicar que, teniendo en cuenta las funciones constitucionales y legales asignadas a la Auditoría General de la República, no puede este ente de control tener injerencia en la toma de decisiones que sean de competencia de las entidades vigiladas dado que no le es posible coadministrar o ser juez y parte. Cualquier indicación sobre cómo debe desarrollar sus procesos misionales sería coadministración y viciaría la vigilancia y el control fiscal que le corresponden ejercer de manera posterior; por tanto, nos abstenemos de emitir conceptos sobre asuntos o situaciones individuales o concretas que puedan llegar a ser sometidos a vigilancia, por lo cual, se abordará el tema de manera general y abstracta.

Respecto a la función de la AGR, el sentido, alcance, delimitación y competencia del ejercicio del control fiscal en Colombia, la Corte Constitucional se pronunció entre otras en la Sentencia C-1176 de 2004, señalando: *“Por disposición constitucional, la vigilancia de la gestión fiscal de la Contraloría General de la República le corresponde a la Auditoría, sin que por tal circunstancia, ésta pueda convertirse en ente superior de aquella en cuanto al direccionamiento de la vigilancia y control fiscal, pues la*

*atribución constitucional conferida a la Auditoría solo se restringe a la vigilancia de la gestión fiscal de la Contraloría General, según así lo precisa la propia Constitución ...” (Negrilla fuera de texto).*

Este Despacho para brindar elementos de juicio que contribuyan al debate académico y permitan a la consultante dilucidar la problemática planteada traerá a colación las normas, jurisprudencia y doctrina referentes que se encuentra al alcance de todos, exponiendo algunas consideraciones jurídicas, para así emitir concepto de manera general y abstracta, pues como se expuso anteriormente, será la respectiva contraloría, la encargada de analizar la norma y darle la aplicación correspondiente.

Así mismo, le indicamos que de conformidad con el numeral 3 del artículo 18 del Decreto-Ley 272 de 2000 “*Por el cual se determina la organización y funcionamiento de la Auditoría General de la República*”, es función de la Oficina Jurídica “*Emitir los conceptos jurídicos sobre temas de control fiscal y administrativos que le sean solicitados por el Auditor General o los requeridos por las demás dependencias del organismo*”, los cuales abordan los temas de manera general y abstracta, sin que tengan el carácter de fuente normativa, buscando solamente orientar y facilitar la aplicación normativa jurídica, más no la solución directa al problema jurídico planteado, por lo tanto, no son de obligatorio cumplimiento o ejecución.

### **1. De la inversión de recursos públicos en bienes de naturaleza privada**

La Constitución Política de 1991 prohíbe la donación de recursos públicos a personas de derecho privado, en los siguientes términos:

*Artículo 355. 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, celebrara 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 con los planes seccionales de Desarrollo. El Gobierno Nacional reglamentará la materia.*

*Artículo 136. Se prohíbe al Congreso y a cada una de sus Cámaras:*

- 1. Inmiscuirse, por medio de resoluciones o de leyes, en asuntos de competencia privativa de otras autoridades.*
  - 2. Exigir al Gobierno información sobre instrucciones en materia diplomática o sobre negociaciones de carácter reservado.*
  - 3. Dar votos de aplauso a los actos oficiales.*
  - 4. Decretar a favor de personas o entidades donaciones, gratificaciones, auxilios, indemnizaciones, pensiones u otras erogaciones que no estén destinadas a satisfacer créditos o derechos reconocidos con arreglo a la ley preexistente.***
  - 5. Decretar actos de proscripción o persecución contra personas naturales o jurídicas.*
  - 6. Autorizar viajes al exterior con dineros del erario, salvo en cumplimiento de misiones específicas, aprobadas al menos por las tres cuartas partes de los miembros de la respectiva Cámara.*
- (Negrilla fuera de la norma)

No obstante lo anterior y de conformidad a la normatividad, existen eventos legales en los cuales la entidad pública puede invertir dineros públicos, por ejemplo, en los contratos de arrendamiento, en los comodato o en el ejercicio del derecho de usufructo, entre otros, en los cuales dicha inversión se deriva de la misma naturaleza y reglamentación del negocio jurídico.

La posibilidad de las entidades públicas de contratar el arrendamiento de inmuebles está establecido en el Decreto Único 1082 de 2015 "Por medio del cual se expide el decreto único reglamentario del sector administrativo de planeación nacional":

*Artículo 2.2.1.2.1.4.11. Arrendamiento de bienes inmuebles. Las Entidades Estatales pueden alquilar o arrendar inmuebles mediante contratación directa para lo cual deben seguir las siguientes reglas:*

- 1. Verificar las condiciones del mercado inmobiliario en la ciudad en la que la Entidad Estatal requiere el inmueble.*
- 2. Analizar y comparar las condiciones de los bienes inmuebles que satisfacen las necesidades identificadas y las opciones de arrendamiento, análisis que deberá tener en cuenta los principios y objetivos del sistema de compra y contratación pública.*

Esta contratación se efectúa mediante la modalidad de contratación directa de conformidad con lo establecido en el literal 1) del numeral 4 del artículo 2º de la Ley 1150 de 2007 "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".

El contrato de arrendamiento se encuentra regulado en el Título 26 del Libro Cuarto de la Ley 84 de 1873 "Código Civil de los Estados Unidos de Colombia"; cuyos apartes que consideramos atinentes para el presente análisis, transcribimos a continuación:

*Artículo 1973. El arrendamiento es un contrato en que las dos partes se obligan recíprocamente, la una a conceder el goce de una cosa, o a ejecutar una obra o prestar un servicio, y la otra a pagar por este goce, obra o servicio un precio determinado.*

*Artículo 1977. En el arrendamiento de cosas, la parte que da el goce de ellas se llama arrendador, y la parte que da el precio arrendatario.*

*Artículo 1985. La obligación de mantener la cosa arrendada en buen estado consiste en hacer, durante el arriendo, todas las reparaciones necesarias, a excepción de las locativas, las cuales corresponden generalmente al arrendatario.*

*Pero será obligado el arrendador aún a las reparaciones locativas, si los deterioros que las han hecho necesarias provinieron de fuerza mayor o caso fortuito, o de la mala calidad de la cosa arrendada.*

*Las estipulaciones de los contratantes podrán modificar estas obligaciones.*

*Artículo 1993. El arrendador es obligado a reembolsar al arrendatario el costo de las reparaciones*

*indispensables no locativas, que el arrendatario hiciere en la cosa arrendada, siempre que el arrendatario no las haya hecho necesarias por su culpa, y que haya dado noticia al arrendador lo más pronto, para que las hiciese por su cuenta. Si la noticia no pudo darse en tiempo, o si el arrendador no trató de hacer oportunamente las reparaciones, se abonará al arrendatario su costo razonable, probada la necesidad.*

*Artículo 1994. El arrendador no es obligado a reembolsar el costo de las mejoras útiles, en que no ha consentido con la expresa condición de abonarlas; pero el arrendatario podrá separar y llevarse los materiales sin detrimento de la cosa arrendada; a menos que el arrendador esté dispuesto a abonarle lo que valdrían los materiales, considerándolos separados*

*Artículo 1997. El arrendatario empleará en la conservación de la cosa el cuidado de un buen padre de familia.*

*Faltando a esta obligación, responderá de los perjuicios; y aún tendrá derecho el arrendador para poner fin al arrendamiento, en el caso de un grave y culpable deterioro.*

*Artículo 1998. El arrendatario es obligado a las reparaciones locativas. Se entienden por reparaciones locativas las que según la costumbre del país son de cargo de los arrendatarios, y en general las de aquellas especies de deterioro que ordinariamente se producen por culpa del arrendatario o de sus dependientes, como descalabros de paredes o cercas, albañales y acequias, rotura de cristales, etc.*

*Artículo 2028. Las reparaciones llamadas locativas a que es obligado el inquilino o arrendatario de casa, se reducen a mantener el edificio en el estado que lo recibió; pero no es responsable de los deterioros que provengan del tiempo y uso legítimos, o de fuerza mayor, o de caso fortuito, o de la mala calidad del edificio, por su vetustez, por la naturaleza del suelo, o por defectos de construcción.*

*Artículo 2029. Será obligado especialmente el inquilino:*

- 1. A conservar la integridad interior de las paredes, techos, pavimentos y cañerías, reponiendo las piedras, ladrillos y tejas que durante el arrendamiento se quiebren o se desencajen.*
- 2. A reponer los cristales quebrados en las ventanas, puertas y tabiques.*
- 3. A mantener en estado de servicio las puertas, ventanas y cerraduras.*

*Se entenderá que ha recibido el edificio en buen estado, bajo todos estos respectos, a menos que se pruebe lo contrario.*

*Artículo 2030. El inquilino es, además, obligado a mantener las paredes, pavimentos y demás partes interiores del edificio medianamente aseadas; a mantener limpios los pozos, acequias y cañerías, y a deshollar las chimeneas.*

*La negligencia grave bajo cualquiera de estos respectos dará derecho al arrendador para indemnización de perjuicios, y aún para hacer cesar inmediatamente el arriendo en casos graves.*

En el contrato de arrendamiento cuando la entidad pública actúa como arrendatario, generalmente debe hacer uso de recursos públicos para adecuar el bien arrendado (inmueble) a sus necesidades, es decir, para la logística de divisiones, espacios de trabajo, etc., que necesiten

para el desarrollo de sus funciones. Estas “mejoras” deben ser informadas al propietario o arrendador y de común acuerdo con él, su costo podrá ser descontado del canon de arrendamiento, pueden ser de negociación directa con el arrendador (en una compraventa) o también pueden ser retiradas y conservadas por la entidad (arrendatario) al momento de la terminación del contrato de arrendamiento. Esto será una de las variables a determinar en los estudios previos al arrendamiento, a fin de establecer lo más conveniente para la entidad pública.

Así mismo, la entidad tiene el deber de conservar en condiciones de uso (mantenimiento locativo) el bien dado en arrendamiento, por lo tanto, deberá asignar recursos para tal efecto. Estos costos no son reembolsables por el arrendador cuando se trata del mantenimiento locativo producto del uso normal del bien.

Otra posibilidad de uso de recursos públicos en bienes privados, se da cuando la entidad pública actúa como comodatario. Veamos parte de la normatividad referente a este contrato contenida en el Código Civil:

*Artículo 2200. El comodato o préstamo de uso es un contrato en que la una de las partes entrega a la otra gratuitamente una especie mueble o raíz, para que haga uso de ella, y con cargo de restituir la misma especie después de terminar el uso.*

*Este contrato no se perfecciona sino por la tradición de la cosa.*

*Artículo 2203. El comodatario es obligado a emplear el mayor cuidado en la conservación de la cosa, y responde hasta de la culpa levísima.*

*Es, por tanto, responsable de todo deterioro que no provenga de la naturaleza o del uso legítimo de la cosa; y si este deterioro es tal, que la cosa no sea ya susceptible de emplearse en su uso ordinario, podrá el comodante exigir el precio anterior de la cosa, abandonando su propiedad al comodatario.*

*Pero no es responsable de caso fortuito, si no es:*

- 1. Cuando ha empleado la cosa en un uso indebido, o ha demorado su restitución, a menos de aparecer o probarse que el deterioro o pérdida por el caso fortuito habría sobrevenido igualmente sin el uso ilegítimo o la mora.*
- 2. Cuando el caso fortuito ha sobrevenido por culpa suya, aunque levísima.*
- 3. Cuando en la alternativa de salvar de un accidente la cosa prestada o la suya, ha preferido deliberadamente la suya.*
- 4. Cuando expresamente se ha hecho responsable de casos fortuitos*

*Artículo 2216. El comodante es obligado a indemnizar al comodatario de las expensas que sin su previa noticia haya hecho, para la conservación de la cosa, bajo las condiciones siguientes:*

- 1. Si las expensas no han sido de las ordinarias de conservación, como la de alimentar al caballo.*
- 2. Si han sido necesarias y urgentes, de manera que no haya sido posible consultar al comodante, y se presuma fundadamente que teniendo éste la cosa en su poder no hubiera dejado de hacerlas.*

*Artículo 2218. El comodatario podrá retener la cosa prestada mientras no se efectúa la indemnización de que se trata en los dos artículos precedentes; salvo que el comodante caucione el pago de la cantidad en que se le condenare.*

Al igual que en el caso de actuar como arrendatario, la entidad cuando actúa como comodatario tiene unas obligaciones y unos derechos que se asemejan con los de arrendatario, sin embargo, en este caso, no hay lugar a descontar el valor de las “mejoras” del cano de arrendamiento, toda vez que este es un préstamo de uso gratuito. Vale el mismo análisis efectuado para el arrendamiento.

Otra posibilidad de uso de recursos públicos en bienes de particulares se presenta cuando la entidad pública ejerce el derecho de usufructo de una cosa (por ejemplo de una donación). Veamos las normas del Código Civil Colombiano que atañen a nuestro tema:

*Artículo 823. El derecho de usufructo es un derecho real que consiste en la facultad de gozar de una cosa con cargo de conservar su forma y sustancia, y de restituir a su dueño, si la cosa no es fungible; o con cargo de volver igual cantidad y calidad del mismo género, o de pagar su valor si la cosa es fungible.*

*Artículo 833. El usufructuario es obligado a recibir la cosa fructuaria en el estado en que al tiempo de la delación se encuentre, y tendrá derecho para ser indemnizado de todo menoscabo o deterioro que la cosa haya sufrido desde entonces, en poder y por culpa del propietario.*

*Artículo 854. Corresponden al usufructuario todas las expensas ordinarias de conservación y cultivo.*

*Artículo 855. Serán de cargo del usufructuario las pensiones, cánones y, en general, las cargas periódicas con que de antemano haya sido gravada la cosa fructuaria, y que durante el usufructo se devenguen. No es lícito al nudo propietario imponer nuevas cargas sobre ella en perjuicio del usufructo.*

*Corresponde, asimismo, al usufructuario el pago de los impuestos periódicos fiscales y municipales, que la graven durante el usufructo, en cualquier tiempo que se hayan establecido.*

*Si por no hacer el usufructuario estos pagos los hiciera el propietario, o se enajenare o embargare la cosa fructuaria, deberá el primero indemnizar de todo perjuicio al segundo.*

*Artículo 856. Las obras o refacciones mayores, necesarias para la conservación de la cosa fructuaria, serán de cargo del propietario, pagándole el usufructuario, mientras dure el usufructo, el interés legal de los dineros invertidos en ellas.*

*El usufructuario hará saber al propietario las obras y refacciones mayores que exija la conservación de la cosa fructuaria. Si el propietario rehúsa o retarda el desempeño de estas cargas podrá el usufructuario, para liberrar la cosa fructuaria y conservar su usufructo, hacerlas a su costa, y el propietario se Las reembolsará sin interés.*

*Artículo 857. Se entiende por obras o refacciones mayores las que ocurren por una vez a largos intervalos de tiempo y que conciernen a la conservación y permanente utilidad de la cosa fructuaria.*

*Artículo 860. El usufructuario no tiene derecho a pedir cosa alguna por las mejoras que voluntariamente haya hecho en la cosa fructuaria; pero le será lícito alegarlas en compensación por el valor de los*

*deterioros que se le puedan imputar, o llevarse los materiales, si puede separarlos sin detrimento de la cosa fructuaria, y el propietario no le abona lo que después de separados valdrían.*

*Lo cual se entiende sin perjuicio de las convenciones que hayan intervenido entre el usufructuario y el propietario, relativamente a mejoras, o de lo que sobre esta materia se haya previsto en la constitución del usufructo.*

Al igual que en los contratos de arrendamiento y de comodato, la entidad pública usufructuaria, tiene el deber de mantener en el mismo estado la cosa usufructuada corriendo con los gastos que ello implique, así como de pagar los impuestos a que haya lugar; también tiene el derecho al reconocimiento de los gastos mayores utilizados para la conservación de la cosa, sin embargo, aquellas mejoras que se hayan efectuados de manera voluntaria, no podrán ser cobradas.

Existen otros casos en que la entidad pública se ve avocada a efectuar inversiones en bienes de particulares, como lo es en los procesos de cobro coactivo en los que al encontrarse embargos sobre bienes del ejecutado, la entidad está en la obligación de sufragar los gastos que demande la conservación de éstos bienes, bien sea para su posterior devolución en caso de proceder al desembargo, o para su óptimo estado en el caso de proceder al remate de los mismos; debiéndose aclarar que en este caso, dichos gastos son imputados al ejecutado como costas procesales.

En los organismos de control, también encontramos la inversión anotada en el párrafo anterior, en el caso del embargo de bienes en los procesos de responsabilidad fiscal, solo que estos gastos no son imputables al responsable fiscal, pues la Ley establece que el fallo solamente establece la cuantía del daño patrimonial causado, llevado a valor presente (artículo 53 de la Ley 610 de 2000 y literal e del artículo 101 de la Ley 1474 de 2011), además, en este proceso no se contempla la condena en costas. Sin embargo, estas podrían ser cobradas en el proceso de cobro coactivo.

Al respecto, la Corte Constitucional en la sentencia C-382 del 23 de abril de 2008, determinó:

*Cabe precisar sin embargo que “el resarcimiento del perjuicio, debe guardar correspondencia directa con la magnitud del daño causado más no puede superar ese límite.”[14]. Y no podría ser de otra manera, ya que en caso de ordenar una indemnización superior al monto total del daño, generaría un enriquecimiento sin causa. **La indemnización por los daños materiales sufridos debe ser integral, de tal forma que incluya el valor del bien perdido o lesionado (daño emergente), y el monto de lo que se ha dejado de percibir en virtud de tal lesión (lucro cesante), a lo cual se suma la indexación correspondiente, que para el caso de la responsabilidad fiscal, se halla prevista en el inciso segundo del artículo 53 de la ley 610 de 2000[15]. Tal indemnización no puede incluir otros factores que desborden el carácter indemnizatorio de la sanción.***

(Negrilla fuera de texto)

Debemos recordar que las costas procesales son los gastos en que se ha incurrido para el desarrollo del proceso, tales como las publicaciones, los honorarios de los auxiliares de la justicia, gastos en que incurre el secuestre para la administración de los bienes, los gastos del remate, entre otros.

El trámite procesal en los procesos de responsabilidad fiscal y de cobro coactivo en lo no regulado en la norma especial respectiva, remiten de manera supletoria, al Código General del Proceso: Artículo 66 de la Ley 610 de 2000 y numeral 4 del artículo 107 del Decreto-Ley 403 de 2020, respectivamente.

La Ley 1564 de 2012 “Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones”, establece:

*Artículo 361. Composición. Las costas están integradas por la totalidad de las expensas y gastos sufragados durante el curso del proceso y por las agencias en derecho.*

*Las costas serán tasadas y liquidadas con criterios objetivos y verificables en el expediente, de conformidad con lo señalado en los artículos siguientes.*

*Artículo 366. Liquidación. Las costas y agencias en derecho serán liquidadas de manera concentrada en el juzgado que haya conocido del proceso en primera o única instancia, inmediatamente quede ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso o notificado el auto de obediencia a lo dispuesto por el superior, con sujeción a las siguientes reglas:*

*(...)*

*3. La liquidación incluirá el valor de los honorarios de auxiliares de la justicia, los demás gastos judiciales hechos por la parte beneficiada con la condena, siempre que aparezcan comprobados, hayan sido útiles y correspondan a actuaciones autorizadas por la ley, y las agencias en derecho que fije el magistrado sustanciador o el juez, aunque se litigue sin apoderado.*

*Los honorarios de los peritos contratados directamente por las partes serán incluidos en la liquidación de costas, siempre que aparezcan comprobados y el juez los encuentre razonables. Si su valor excede los parámetros establecidos por el Consejo Superior de la Judicatura y por las entidades especializadas, el juez los regulará.*

*(...)*

Respecto a los aportes de dineros públicos a los particulares, la Corte Constitucional se ha pronunciado en varias sentencias, conservando la misma línea jurisprudencial en cuanto a que ellos no son inconstitucionales bajo ciertos condicionamientos. Veamos algunas de ellas:

Sentencia C-458 del 21 de octubre de 2020:

*90. En concreto, la Sala Plena ha considerado que son constitucionales las transferencias monetarias a particulares. En la Sentencia C-194 de 2020, se estimó que las medidas de fortalecimiento patrimonial y financiación de las empresas de interés nacional, establecidas en el DL 444 de 2020, eran constitucionales[112]. Al respecto, precisó que el artículo 355 Superior avala que el Estado otorgue aportes, subsidios, estímulos económicos, ayudas o incentivos a particulares para cumplir deberes o principios de origen constitucional.*

*91. Los subsidios o aportes entregados a personas naturales y/o jurídicas sin contraprestación alguna respetan la Constitución en los siguientes eventos: i) se fundamentan en la finalidad altruista y benéfica[113] a la par que no obedecen a la mera liberalidad del Estado; ii) son el resultado de la*

*facultad de intervención del Estado en la economía y se orientan a una actividad económica específica; iii) se fundan en un precepto constitucional para garantizar un derecho fundamental a través del acceso a bienes y servicios para los excluidos y marginados de la sociedad; y iv) no excluyen arbitrariamente a sujetos afectados con la situación que pretende conjurar.*

Sentencia C-350 del 26 de agosto de 2020:

*148. Ahora bien, el reconocimiento de los auxilios educativos de que trata el decreto bajo estudio no contraviene el artículo 355 de la Constitución Política que prohíbe decretar auxilios o donaciones en favor de personas naturales. Una lectura sistemática con otras disposiciones constitucionales permite constatar que dicha prohibición encuentra excepciones en las acciones propias del Estado Social de Derecho, dirigidas a satisfacer deberes constitucionales, como el de adoptar medidas en favor de grupos discriminados o marginados, en los términos del artículo 13 de la Constitución. Así mismo, esta Corporación ha señalado que no se contraviene la prohibición de conceder auxilios o donaciones a particulares con cargo al erario, entre otros casos[83], cuando se trata de “ayudas que bajo la forma de subsidios económicos se conceden a las personas que resultan víctimas de hechos naturales o de otra naturaleza que sirven de fundamento a la declaración de un estado de excepción. En estos eventos, el principio de solidaridad se impone sobre cualquiera otra consideración y éste se articula a través de los subsidios que el Estado entrega a las personas que sufren una tragedia o a circunstancias externas que, de una o de otra manera, los someten a cargas y afectaciones severas que no son las de la generalidad de los ciudadanos”[84].*

*149. Entonces, en el marco de un estado de excepción como lo es la emergencia económica y social, la medida adoptada en el numeral 4 del artículo 3 del Decreto 662 de 2020, referente al auxilio económico para el pago de la matrícula de los jóvenes en condición de vulnerabilidad, en instituciones de educación superior públicas, es una transferencia monetaria que en el presente contexto se considera como un subsidio y, por lo tanto, no se encuentra en la prohibición general de que trata el inciso primero del artículo 355 de la Constitución.*

Sentencia C-027 del 3 de febrero de 2016:

*62. La Corte Constitucional se ha referido al origen, sentido y alcance del artículo 355 Superior desde sus primeros pronunciamientos. En esta oportunidad la Sala efectuará una reiteración basada en las sentencias C-324 de 2009,[22] en la que se realizó una sistematización de las subreglas contenidas en pronunciamientos previos, y C-044 de 2015, decisión reciente en la que se hizo una presentación sucinta de los elementos centrales de este cuerpo jurisprudencial.*

*(...)*

*(i) La prohibición de decretar auxilios o donaciones se extendió, por virtud del artículo 355 de la Constitución de 1991, a todas las ramas u órganos del poder público, es decir, no se circunscribió a proscribir la facultad otorgada al Congreso por la Constitución de 1886, sino que amplió el radio de la restricción a los poderes ejecutivo y judicial;*

*(ii) La restricción no se circunscribió únicamente a las “empresas útiles y benéficas” a que hacía alusión el artículo 76-20 de la Constitución de 1886, sino que la amplió a todas “las personas naturales o jurídicas de derecho privado”;*

*(iii) “A través del inciso segundo del artículo 355 de la Constitución de 1991, se trasladó la facultad*

*altruista que autorizaba la Constitución de 1886 a favor de las entidades sin ánimo de lucro del Congreso al Gobierno Nacional, en todo sus niveles, sujetándola a la previa celebración de un contrato y, siempre que: (iii.1) La entidad sin ánimo de lucro sea de reconocida idoneidad. (iii.2) Se busque impulsar programas o actividades de interés público. (iii.3) Estos programas o actividades se encuentren acordes con el plan nacional y los planes seccionales de desarrollo. (iii.4) La contratación se realice en los términos previstos en el reglamento expedido por el Gobierno Nacional con tal propósito.*

*66. Explicó entonces la Corte que esta facultad podría oponerse a diversos deberes del Estado, basados en la cláusula del Estado Social de Derecho y mandatos específicos de la Carta, tensión que ha sido desatada por la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Concretamente, la Corporación ha precisado que este mandato no es absoluto; que existen otros mandatos de la Carta que exigen al Estado apoyar diversas actividades, y que el propio artículo prevé excepciones válidas y constitucionalmente exigibles[24].*

*En ese marco, después de analizar las causas que llevaron a que los auxilios se convirtieran en un modo de pervertir la democracia y favorecer intereses minoritarios, la jurisprudencia comenzó también a evidenciar las situaciones en que la Carta permite (o exige) el fomento económico de diversas prácticas de manera directa por parte del Estado. Así, indicó que los auxilios pueden ser válidos siempre que (i) tengan fundamento constitucional; (2) se lleven a cabo a través de contratos que se celebren exclusivamente con esos fines[25].*

*67. Con el paso del tiempo, y el estudio de nuevos casos en los que se acusaba al Congreso de violar el artículo 355 de la Carta, la jurisprudencia constitucional encontró “en las disposiciones de la misma Constitución argumentos suficientes para autorizar la posibilidad de asignar tales erogaciones, no sólo mediante la celebración de los contratos a que hacía referencia el inciso segundo del citado artículo 355 superior, sino en aquellos eventos en que el auxilio o incentivo concedido por la ley (1) tuviese como fundamento una norma o principio constitucional, y (2). resultare imperioso para realizar una finalidad esencial del Estado[26]”.*

*(...)*

*71. Finalmente, la Corte reiteró la sentencia C-507 de 2008,[30] en la que se analizó la creación de apoyos económicos indeterminados a sectores definidos por el Gobierno Nacional. El artículo fue declarado inexecutable por su generalidad e indeterminación, pero la Corporación resumió también los requisitos de validez de asignaciones de este tipo: “1. Toda asignación de recursos públicos debe respetar el principio de legalidad del gasto. 2. Toda política pública del sector central, cuya ejecución suponga la asignación de recursos o bienes públicos, debe encontrarse reflejada en el Plan Nacional de Desarrollo y en el correspondiente Plan de Inversión. 3. Toda disposición que autorice una asignación de recursos públicos, sin contraprestación por parte del beneficiario, tiene que encontrarse fundada en un mandato constitucional claro y suficiente que la autorice. 4. Debe respetar el principio de igualdad[31].”*

*72. Acto seguido, en esa misma sentencia la Corporación apoyándose en el diccionario de la Real Academia Española, definió los conceptos de subsidio, auxilio o subvención:*

*(...)*

*Así, serán válidos los auxilios y subvenciones que: (i) alberguen una finalidad estrictamente altruista y benéfica, y no obedezcan a la mera liberalidad del Estado; la finalidad altruista del auxilio se encuentra autorizada únicamente cuando se dirige a alentar actividades o programas de interés público acordes con el plan de desarrollo y los planes seccionales de desarrollo, a través de entidades sin ánimo de lucro, con las cuales deberá suscribirse, previamente, un contrato. De esta manera se asegura una cierta reciprocidad a favor del Estado; (ii) derivarse de la facultad de intervención del Estado en la economía y,*

en consecuencia, orientarse al estímulo de una determinada actividad económica; asignación que por mandato expreso del artículo 334 superior debe comportar una contraprestación; (iii) fundarse en un precepto constitucional que lo autorice expresamente, en orden a garantizar los derechos fundamentales vía acceso a bienes y servicios por parte de quienes tienen mayores necesidades y menores ingresos, con lo cual se garantiza una contraprestación o beneficio social.

(...)

Finalmente, la Constitución autoriza y desarrolla de manera expresa y directa subvenciones, esto es, subsidios o auxilios que se legitiman por sí mismos dentro de un Estado social de derecho, de manera que su objetivo no es otro que acortar las distancias de los sectores más deprimidos de la población frente a aquellos que tienen mayor capacidad económica, lo cual de suyo lleva implícita una contraprestación social; en consecuencia la Carta enlista los siguientes [cita los artículos 43, 46, 48, 50, 51, 52, 64, 71, 305.6, 368, poniendo énfasis en el 71, por el cual se autoriza el fomento y creación de incentivos para personas e instituciones que desarrollen y fomenten la ciencia y la tecnología];

(...)

Por el contrario, los auxilios, subsidios o subvenciones estarán prohibidos cuando, (i) violen el principio presupuestal de legalidad del gasto; (ii) cuando la ley que lo decreta omite determinar, de manera concreta y explícita su finalidad, destinatarios, alcance material y temporal, criterios de asignación, publicidad e impugnación, para asegurar que no se desconozca el principio de igualdad; (iii) obedezca a criterios de mera liberalidad y no a una política pública destinada a satisfacer fines constitucionales [...] Sobre este punto, la Corporación reitera la necesidad de que las asignaciones de recursos o bienes públicos que realice el Gobierno Nacional se ajusten o encuentren en plena armonía con lo fijado, dispuesto y determinado en la Ley del Plan Nacional de Desarrollo, así como con lo contenido en la Ley de Inversiones correspondiente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 339 Superior (iv) el costo del subsidio para el Estado sea mayor que el beneficio social que se obtiene a partir de su implementación o cuando el auxilio o subsidio sólo beneficie a un grupo de interés sin que reporte beneficios a la sociedad en su conjunto o contribuya a ampliar las diferencias sociales. [...] cuando el subsidio solo impacta un grupo de interés dentro del conglomerado social, el gasto se torna inequitativo en tanto se advierten necesidades más apremiantes frente a la administración del presupuesto público. (v) la asignación no fortalezca la capacidad de acceso de los más pobres a los bienes y servicios públicos esenciales (vi) tenga vocación de permanencia convirtiéndose en una carga al presupuesto público, en la medida que el subsidio o auxilio está llamado a producir efectos inmediatos dentro de una determinada coyuntura económica, de manera que una vocación de permanencia indica que la situación o sector al cual se dirige requiere de otras y más profundas medidas estructurales; (vii) evidencie desviación de poder, esto es, cuando el incentivo se cree con un propósito distinto de aquel para el cual aparentemente fue creado”.

Sentencia C-044 del 11 de febrero de 2015:

67. Asimismo, desde su jurisprudencia temprana la Corte ha señalado que la prohibición establecida en esta norma {artículo 355} puede entrar en colisión con otros preceptos constitucionales, como los que autorizan la intervención estatal en la economía (art. 334 CP) o los que imponen el desarrollo de la dimensión prestacional de los derechos fundamentales, la garantía de la igualdad material (art. 13 CP) y el cumplimiento de los deberes sociales del Estado (art. 2 CP), todos los cuales pueden requerir la asignación de recursos públicos a particulares. [113] El intento de armonizar el alcance del artículo 355 con los restantes contenidos constitucionales ha dado lugar a un extenso corpus jurisprudencial[114], cuyas líneas centrales fueron sintetizadas en la sentencia C-324 de 2009[115]. En este pronunciamiento, luego de examinar la génesis del artículo 355 y hacer un recuento de su desarrollo jurisprudencial, se

*concluye que el otorgamiento de subvenciones o auxilios a particulares, financiados con recursos públicos, sólo constituirá una infracción del artículo 355 de la Constitución, cuando la misma no se adecúe a alguno de los tres supuestos en los que se entienden autorizados, los cuales tienen en común el que a través de ellas se garantiza algún tipo de contraprestación o retorno a la sociedad.*

*A partir de los criterios expuestos en esta sentencia, y reiterados en decisiones posteriores[116], las tres hipótesis en las cuales se permite el otorgamiento de subvenciones o auxilios a particulares, y las reglas que condicionan su admisibilidad en cada caso, son las siguientes:*

*(1) Cuando dicha prestación responda a una finalidad altruista y benéfica, caso en el cual sólo será compatible con la Constitución cuando, conforme al segundo inciso del artículo 355 superior, cumpla los siguientes requisitos: (i) aliente programas o actividades de orden público; (ii) resulte compatible con los planes de desarrollo; (iii) se ejecute a través de entidades sin ánimo de lucro de reconocida idoneidad; (iv) esté precedida por la celebración de un contrato con el lleno de requisitos. En definitiva, el primer tipo de auxilios se consideran aceptables siempre que se encuadren en los supuestos del segundo inciso del artículo 355 de la Constitución dado que, en esos eventos, podía constatarse algún grado de reciprocidad.*

*(2) Cuando se fundamenta en la facultad de intervención del Estado en la economía (art. 334 CP), orientándose al estímulo de una determinada actividad. En este caso, la prestación otorgada debe implicar un retorno para la sociedad en su conjunto y además (i) debe estar contemplada en una ley en la que se defina su finalidad, alcances y límites (Art. 150-21 C.P.); (ii) debe atender a criterios de eficiencia y equidad, de tal suerte que el costo del subsidio no exceda el beneficio social que se deriva del mismo; (iii) debe estar orientado por criterios de equidad, lo que no ocurrirá, por ejemplo, cuando el auxilio o subsidio sólo beneficie a un grupo de interés sin que reporte beneficios a la sociedad en su conjunto o no contribuya a reducir las diferencias sociales.*

*(3) Cuando la prestación se establece a partir de un precepto constitucional que prevé -a fin de garantizar los derechos fundamentales- una autorización expresa. En tal caso, la subvención o auxilio debe asegurar el acceso a bienes y servicios por parte de las personas que tienen mayores necesidades y menores ingresos.*

*En ese orden de ideas, la Corte ha enfatizado que una subvención o auxilio queda comprendida en la prohibición del artículo 355 de la Carta cuando:*

*“(i) se omite, al realizar el gasto, dar aplicación al principio presupuestal de legalidad; (ii) la ley que crea la subvención o auxilio en desarrollo de los artículos 334 y siguientes de la C.P. o desarrolla las subvenciones autorizadas directamente por la Constitución Política, omite determinar de manera concreta y explícita su finalidad, destinatarios, alcances materiales y temporales, condiciones y criterios de asignación, publicidad e impugnación; (iii) obedezca a criterios de mera liberalidad, es decir, no se encuadre en una política pública reflejada en el Plan Nacional de Desarrollo o en los planes seccionales de desarrollo; (iv) el costo del subsidio para el Estado sea mayor que el beneficio social que se obtiene a partir de su implementación, o cuando el auxilio o subsidio sólo beneficie a un grupo de interés sin que reporte beneficios a la sociedad en su conjunto o no contribuya a reducir las diferencias sociales; (v) la asignación de recursos públicos no contribuya a fortalecer la capacidad de acceso de los más pobres a los bienes y servicios públicos esenciales, en la medida en que se entreguen a quienes menos los necesita o menos los merecen; (vi) el subsidio tenga vocación de permanencia convirtiéndose en una carga insostenible para el presupuesto público; (vii) el subsidio*

*entrañe un supuesto de desviación de poder.”[117]*

Sentencia C-324 del 13 de mayo de 2009:

*4. A través del inciso segundo del artículo 355 de la Constitución de 1991, se trasladó la facultad altruista que autorizaba la Constitución de 1886 a favor de las entidades sin ánimo de lucro del Congreso al Gobierno Nacional, en todo sus niveles, sujetándola a la previa celebración de un contrato y, siempre que: (i) La entidad sin ánimo de lucro sea de reconocida idoneidad. (ii) Se busque impulsar programas o actividades de interés público. (iii) Estos programas o actividades se encuentren acordes con el plan nacional y los planes seccionales de desarrollo. (iv) La contratación se realice en los términos previstos en el reglamento expedido por el Gobierno Nacional con tal propósito.*

*Al respecto, conviene señalar que el inciso segundo del mencionado artículo constitucional no distingue entre entidades sin ánimo de lucro de carácter privado u oficial, de manera que ha de entenderse que el deber de suscribir un contrato se predica de las entidades sin ánimo de lucro, en general, sin atender al origen de sus recursos.*

*A más de las anteriores conclusiones parciales, se advierte como, el inciso primero del artículo 355 superior puede encontrar contradicciones con la facultad del Estado de crear y aplicar instrumentos económicos de fomento a favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado o con los deberes propios de un Estado social de derecho. De la misma manera se puede anticipar, que el inciso segundo del mismo artículo restringe de manera absoluta cualquier apoyo de carácter benéfico o altruista que pueda otorgar el Estado a entidades sin ánimo de lucro sin que medie la celebración de un contrato.*

*(...)*

*En su jurisprudencia, esta Corte se ha pronunciado en numerosas oportunidades acerca del contenido y alcance del artículo 355 de la Carta Política y, al efecto, ha concluido por diferentes vías, que la prohibición allí prevista no resulta absoluta, pues admite “excepciones” que se legitiman dentro del marco de un Estado Social de Derecho, tales como la asignación de recursos a sectores especialmente protegidos por la Constitución Política.*

*(...)*

*Es así como, la jurisprudencia empieza a vislumbrar situaciones en las que reconoce la posibilidad de que el Gobierno Nacional asigne recursos públicos sin contraprestación alguna a favor de particulares, siempre que tales asignaciones fuesen decretadas (1) Con fundamento en la Constitución y, (2) a través de los contratos que se debían celebrar exclusivamente con dichos fines[11].*

*Sin embargo, pronto la jurisprudencia encontró en las disposiciones de la misma Carta argumentos suficientes para autorizar la posibilidad de asignar tales erogaciones, no sólo mediante la celebración de los contratos a que hacía referencia el inciso segundo del citado artículo 355 superior, sino en aquellos eventos en que el auxilio o incentivo concedido por la ley no solo (1) tuviese como fundamento una norma o principio constitucional, sino que (2) resultare imperioso para realizar una finalidad esencial del Estado[12].*

*A los requisitos trazados hasta entonces, se sumó un nuevo elemento, según el cual la transferencia gratuita de bienes estatales a particulares era posible, siempre y cuando, no se tratase de un acto de mera liberalidad del Estado sino del cumplimiento de deberes constitucionales expresos que aseguraran la igualdad material. En ese sentido concluyó la Corte que ciertos aportes no estaban prohibidos, en la medida que no se estaba frente a actos de mera liberalidad, sino de justicia distributiva.[13]*

*De allí que la jurisprudencia terminó por admitir que muchas de las erogaciones a título gratuito por parte del Estado a favor de particulares, sin contraprestación alguna, surgían de todos aquéllos supuestos que la misma Constitución autorizaba, como desarrollo de los deberes y finalidades sociales del Estado con el fin de conseguir el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población del país, al tenerlos como criterios que responden a la concepción del Estado Social de Derecho. De tal manera explicó los profusos eventos en que la Carta autorizaba este tipo de subvenciones: La probidad y posibilidad de los subsidios en materia de servicios públicos domiciliarios (art. 368 C.P.); el fomento de la investigación y transferencia de la tecnología (art. 71 C.P.); el fomento a la construcción de obras de infraestructura física y adecuación de tierras (art. 65 C.P.); la adquisición de predios para los trabajadores agrarios (art. 64 C.P.); la ejecución de proyectos de vivienda social y servicios públicos de salud y educación (Art. 49, 51 y 67).[14]*

*Sin embargo, solo hasta la sentencia C-152 de 1999[15] la Corte reconoció expresamente que la Carta autorizó al Estado para conceder subvenciones, estímulos económicos o subsidios a particulares, tratándose de actividades que aquella considerara dignas y merecedoras de apoyo y, lo más importante, precisó que su desarrollo era materia reservada a la libre configuración normativa del Legislador, en tanto la Carta aparte de permitir la concesión de incentivos o estímulos omitió determinar la forma en que estos podrían decretarse.*

*(...)*

*Desde ese punto de vista es indudable que el artículo 355 busca tener un impacto en materia de gasto público, limitando aquellas erogaciones que por su naturaleza, antes de perseguir el bienestar general, crean privilegios ineficaces y aislados, al punto que es justamente por dicha razón que tal prescripción se encuentra incluida en el capítulo sobre presupuesto.*

Sentencia C-507 del 21 de mayo de 2008, en la que respecto a la asignación de recursos o bienes públicos a particulares, estableció:

*La Constitución prohíbe toda donación de recursos públicos, lo que no significa que el Estado no pueda implementar políticas sociales o económicas que tengan como herramienta la asignación de bienes o recursos sin una contraprestación directa e inmediata a cargo del beneficiario. En un estado social de derecho, el Estado tiene ciertas obligaciones sociales que se concretan, entre otras, en la asignación de bienes o recursos públicos a sectores especialmente protegidos por la Constitución, y para que este tipo de asignaciones resulten ajustadas a la Carta, se requiere que satisfagan, cuando menos, cuatro requisitos constitucionales: En primer lugar, debe respetar el principio de legalidad del gasto; en segundo término, toda política pública del sector central, cuya ejecución suponga la asignación de recursos o bienes públicos, debe encontrarse reflejada en el Plan Nacional de Desarrollo y en el correspondiente plan de inversión, y tiene que encontrarse fundada en un mandato constitucional claro y suficiente que la autorice; por último, debe respetar el principio de igualdad.*

En cuanto al principio de legalidad del gasto, concluyó:

*El principio de legalidad del gasto que establece la Constitución señala la imposibilidad de hacer erogación alguna con cargo al tesoro, que no se halle incluida en el presupuesto de gastos; esto es, sólo pueden ser efectuados los gastos apropiados en la ley anual del presupuesto. El principio de la legalidad del gasto es un principio constitucional de gran trascendencia, que se aplica a todas las erogaciones públicas, y que, según la jurisprudencia constitucional, es un mecanismo de racionalización de la*

*actividad estatal y uno de los fundamentos más importantes de las democracias constitucionales. El principio de legalidad supone la existencia de competencias concurrentes, aunque separadas, entre los órganos legislativo y ejecutivo, correspondiéndole al primero la ordenación del gasto propiamente dicha y al segundo la decisión libre y autónoma de su incorporación en el Presupuesto General de la Nación; de tal suerte que el Congreso tiene la facultad de decretar gastos públicos, pero su incorporación en el presupuesto queda sujeta a la voluntad del Gobierno, en la medida en que éste tiene la facultad de proponer o no su inclusión en la Ley.*

En cuanto a los auxilios o donaciones y a la asignación de subsidios, concluyó:

*Los recursos que administra el Estado no pueden ser objeto de donaciones discrecionales por parte de ninguno de sus agentes. La Corte ha sostenido que, como regla general, la Carta prohíbe los auxilios o donaciones. Las donaciones o auxilios sólo serán constitucionalmente legítimas si son el resultado del cumplimiento del deber constitucional expreso de adoptar medidas encaminadas a financiar, con bienes o recursos públicos, la satisfacción de derechos constitucionales de grupos o sectores constitucionalmente protegidos o de actividades que deben realizarse por mandato constitucional y que son ejecutadas por particulares que requieren, para satisfacer los fines estatales, de un apoyo o ayuda del Estado.*

*Para que el proceso de asignación de subsidios sea respetuoso de la Constitución, debe estar consagrado en una ley que establezca claramente las condiciones objetivas que van a permitir la selección de los beneficiarios en condiciones de igualdad. Adicionalmente, debe contener garantías suficientes – claridad, publicidad, y recursos – para que tanto su diseño como su implementación, pueda ser efectivamente controvertida por las personas que se consideren afectadas.*

Finalmente, respecto a los apoyos económicos o incentivos sin contraprestación, estableció:

*Quien debe establecer los sectores o grupos sociales beneficiarios de ayudas económicas sin contraprestación directa, debe ser el legislador en el Plan Nacional de Desarrollo o en una ley especial que sea el desarrollo de lo establecido en la Ley del Plan. Adicionalmente, la cuantía debe ser establecida en el plan nacional de inversiones y en la ley anual de presupuesto. Nada de esto puede quedar discrecionalmente librado al ejecutivo. En este sentido parece claro que una norma que autoriza, in genere, al ejecutivo a entregar ayudas económicas sin contraprestación y que no consagra las garantías constitucionales mínimas para asegurar que no se trata de una donación o un auxilio o que no dará lugar a una “dilapidadora y venal concesión de privilegios”, es inconstitucional. La norma otorga una autorización genérica al gobierno para entregar ayudas o apoyos económicos sin contraprestación. Esta autorización no tiene las garantías mínimas para resultar ajustada a la Constitución. Cuando una ley establece una excepción a lo dispuesto en el artículo 355, tiene la carga de establecer todas las condiciones necesarias para asegurar la satisfacción de los importantes principios que han sido mencionados, entre ellos, el principio de legalidad del gasto, la prohibición de donaciones o auxilios y el principio de igualdad.*

Otras sentencias que pueden ser consultadas respecto a este tema son: C-082-2014; C-221-2011; C-351-04; C-045-04; C-022-04; C-032-04; C-130-03; C-712-02; C-1250-2001; C-1174-2001; C-1168-2001; C-705-2001; C-651-2001; C-543-2001; C-922-00; C-152-99; C-254-96; C-251-1996; C-205-95; C-506-94; C-372-94; C-567-93; C-337-93; C-027-93; C-025-93; C-478-92; C-449-92.

La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en el concepto Radicación 1.420 del 4 de julio de 2002, estableció:

*Del contenido de las normas antes citadas, se infiere que uno de los fines esenciales del Estado es garantizar la efectividad de los derechos previstos en la Constitución; la educación, por mandato constitucional, además de ser un derecho de la persona y un servicio público con función social, constituye un derecho fundamental de los niños, cuya responsabilidad se encuentra a cargo de la familia, la sociedad y el Estado, siendo este último el encargado de garantizar a los menores el acceso y permanencia en el sistema educativo.*

*Si bien la Carta prohíbe a las ramas u órganos del Estado conceder auxilios o donaciones a favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado, existen situaciones que no pueden considerarse violatorias del anterior postulado, como las que se originan cuando el Estado concede a particulares subsidios, estímulos económicos o incentivos, en cumplimiento de deberes o principios de orden constitucional, necesarios para realizar una de sus finalidades esenciales.*

Posición ratificada por dicha Sala en el concepto Radicación 1.503 del 13 de junio de 2003 con sustento en las sentencias C-1174 de 2001, C-671 de 1999 y C-152 de 1999 de la Corte Constitucional.

Por último es pertinente mencionar que la Oficina Jurídica de la Contraloría General de la República en el concepto CGR-OJ-0203-2017 (2017EE0120110 del 03-10-2017), respecto a la inversión de recursos públicos en predios de terceros, concluyó:

*Existen circunstancias en la que el Estado puede invertir recursos públicos en inmuebles de particulares, cuando los tenga a título de usufructuario o de arrendatario de conformidad con los artículos: 793[15], 823[16] a 827, 829, 832, 855, 856, 857, 859, 860, 864, 871, 1985, 1986, 1993, 1994, 1995, 1997 y 1998 del Código Civil.*

*Así, es posible que un bien inmueble de un particular se encuentre limitado por un gravamen de usufructo o servidumbre, a favor de una entidad estatal, constituido por una donación, testamento con una duración limitada.*

*Se concluye entonces que para evitar un detrimento patrimonial por la inversión de recursos públicos en un inmueble de propiedad de un particular y el enriquecimiento de éste, la entidad estatal debe verificar si se trata de usufructo, arriendo, comodato, etc. de conformidad con las normas del Código Civil, para determinar si puede o no exigir reembolso de las obras.*

La Constitución Política de Colombia de 1991 establece en su artículo 345 el principio de legalidad del gasto en los siguientes términos:

*Artículo 345. En tiempo de paz no se podrá percibir contribución o impuesto que no figure en el presupuesto de rentas, ni hacer erogación con cargo al Tesoro que no se halle incluida en el de gastos.*

*Tampoco podrá hacerse ningún gasto público que no haya sido decretado por el Congreso, por las asambleas departamentales, o por los concejos distritales o municipales, ni transferir crédito alguno a*

*objeto no previsto en el respectivo presupuesto.*

## **2. Del proceso de responsabilidad fiscal**

La Ley 610 de 2000 “Por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías”, establece:

*Artículo 1º. Definición. El proceso de responsabilidad fiscal es el conjunto de actuaciones administrativas adelantadas por las Contralorías con el fin de determinar y establecer la responsabilidad de los servidores públicos y de los particulares, cuando en el ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de ésta, causen por acción u omisión y en forma dolosa o culposa un daño al patrimonio del Estado.*

*Artículo 3º {modificado por el artículo 124 del Decreto-Ley 403 de 2020}. Gestión fiscal. Para los efectos de la presente ley, se entiende por gestión fiscal el conjunto de actividades económicas, jurídicas y tecnológicas, que realizan los servidores públicos y las personas de derecho privado que manejen o administren recursos o fondos públicos, tendientes a la adecuada y correcta adquisición, planeación, conservación, administración, custodia, explotación, enajenación, consumo, adjudicación, gasto, inversión y disposición de los bienes públicos, así como a la recaudación, manejo e inversión de sus rentas en orden a cumplir los fines esenciales del Estado, con sujeción a los principios de legalidad, eficiencia, economía, eficacia, equidad, imparcialidad, moralidad, transparencia, publicidad y valoración de los costos ambientales.*

*Artículo 4º. Objeto de la responsabilidad fiscal. La responsabilidad fiscal tiene por objeto el resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público como consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de quienes realizan gestión fiscal o de servidores públicos o particulares que participen, concurren, incidan o contribuyan directa o indirectamente en la producción de los mismos, mediante el pago de una indemnización pecuniaria que compense el perjuicio sufrido por la respectiva entidad estatal. Para el establecimiento de responsabilidad fiscal en cada caso, se tendrá en cuenta el cumplimiento de los principios rectores de la función administrativa y de la gestión fiscal.*

*Parágrafo. La responsabilidad fiscal es autónoma e independiente y se entiende sin perjuicio de cualquier otra clase de responsabilidad.*

*Artículo 6º {modificado por el artículo 126 del Decreto-Ley 403 de 2020}. Daño patrimonial al Estado. Para efectos de esta ley se entiende por daño patrimonial al Estado la lesión del patrimonio público, representada en el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, o deterioro de los bienes o recursos públicos, o a los intereses patrimoniales del Estado, producida por una gestión fiscal antieconómica, ineficaz, ineficiente, 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 los órganos de control fiscal. Dicho daño podrá ocasionarse como consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de quienes realizan gestión fiscal o de servidores públicos o particulares que participen, concurren, incidan o contribuyan directa o indirectamente en la producción del mismo.*

*Artículo 7º. Pérdida, daño o deterioro de bienes. En los casos de pérdida, daño o deterioro por causas distintas al desgaste natural que sufren las cosas, de bienes en servicio o inservibles no dados de baja, únicamente procederá derivación de responsabilidad fiscal cuando el hecho tenga relación directa con el*

*ejercicio de actos propios de la gestión fiscal por parte de los presuntos responsables.*

*En los demás eventos de pérdida, daño o deterioro de este tipo de bienes, el resarcimiento de los perjuicios causados al erario procederá como sanción accesoria a la principal que se imponga dentro de los procesos disciplinarios que se adelanten por tales conductas o como consecuencia civil derivada de la comisión de hechos punibles, según que los hechos que originaron su ocurrencia correspondan a las faltas que sobre guarda y custodia de los bienes estatales establece el Código Disciplinario Unico o a los delitos tipificados en la legislación penal.*

Respecto a la gestión fiscal, la Corte Constitucional en Sentencia C-840 del 9 de agosto de 20011, determinó:

*Como bien se aprecia, se trata de una definición que comprende las actividades económicas, jurídicas y tecnológicas como universo posible para la acción de quienes tienen la competencia o capacidad para realizar uno o más de los verbos asociados al tráfico económico de los recursos y bienes públicos, en orden a cumplir los fines esenciales del Estado conforme a unos principios que militan como basamento, prosecución y sentido teleológico de las respectivas atribuciones y facultades. Escenario dentro del cual discurren, entre otros, el ordenador del gasto, el jefe de planeación, el jefe jurídico, el almacenista, el jefe de presupuesto, el pagador o tesorero, el responsable de la caja menor, y por supuesto, los particulares que tengan capacidad decisoria frente a los fondos o bienes del erario público puestos a su cargo. Siendo patente que en la medida en que los particulares asuman el manejo de tales fondos o bienes, deben someterse a esos principios que de ordinario son predicables de los servidores públicos, a tiempo que contribuyen directa o indirectamente en la concreción de los fines del Estado.*

*(...)*

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

El proceso de responsabilidad fiscal se adelanta para establecer la responsabilidad de quien actúa como gestor fiscal o como partícipe directa o indirectamente en la producción de un daño al patrimonio público. Para ello, el operador jurídico fiscal deberá adelantar un análisis exhaustivo a fin de comprobar que la actuación del investigado se encuentra directamente relacionada con su condición de gestor fiscal o de partícipe, y que la misma se dio con dolo o culpa grave, para así poder determinar si aplica endilgar la responsabilidad.

### **3. Conclusiones**

De conformidad con la normatividad, jurisprudencia y conceptualización anotada anteriormente respecto al tema consultado, podemos concluir:

- i) En principio y por mandato constitucional, la transferencia de recursos públicos de manera gratuita a los particulares, se encuentra prohibida; sin embargo, la misma Constitución en el inciso segundo del artículo 355, permite tales transferencias siempre y cuando se haga: 1) a

- través de un contrato, 2) con entidades privadas sin ánimo de lucro con reconocida idoneidad, 3) para el desarrollo de programas o actividades de interés público, y 4) que dichos programas o actividades se encuentren acordes con el Plan Nacional y los Planes Seccionales de Desarrollo.
- ii) De conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la erogación de recursos públicos a particulares es posible no solamente en el evento del inciso segundo del artículo 355 superior, sino que también lo es cuando este 1) tiene fundamento en una norma o principio constitucional y 2) es necesario para realizar una finalidad esencial de Estado; tal como sucede con los subsidios de vivienda, los auxilios educativos. No obstante, estas asignaciones deben cumplir con unos requisitos de validez: 1) respetar el principio de legalidad del gasto, 2) la política pública a la que se destina, debe estar reflejada en el Plan Nacional de Desarrollo y en el Plan de Inversiones, 3) la asignación sin contraprestación debe estar fundada en mandato constitucional, y 4) debe respetar el principio de igualdad.
  - iii) Además de los anteriores casos, existen otros en que las entidades públicas pueden invertir recursos públicos en bienes de particulares, y estos son cuando ella actúa como arrendataria, comodataria o usufructuaria de un bien, generalmente inmueble. Aunque por regla general no es conveniente la inversión de recursos públicos para obras en inmuebles privados, en estos casos, la entidad deberá a las luces de la normatividad propia de cada negocio jurídico, determinar si es procedente o no exigir el reembolso de la inversión realizada (generalmente a través de obras civiles), para lo cual se tendrá en cuenta el tipo y fines de la obra o intervención que se realice, atendiendo siempre los principios constitucionales y legales de igualdad, moralidad, eficacia, economía, responsabilidad y transparencia, que rigen la función administrativa.
  - iv) Las entidades públicas en el trámite de los procesos de cobro coactivo deben invertir recursos públicos a fin de sufragar los gastos que demande la conservación de los bienes embargados y secuestrados; sin embargo, estos gastos son imputados al deudor o ejecutado, como costas procesales, debiendo hacer parte de la liquidación del crédito al momento de su pago.
  - v) En los organismos de control fiscal, además de los gastos mencionados respecto al proceso de cobro coactivo, éstos deben sufragar los gastos que generen los procesos de responsabilidad fiscal, tales como peritajes, embargos, etc., los cuales contrario al proceso de cobro coactivo, no pueden ser endilgados al responsable fiscal, tal como se anotó en el cuerpo de este concepto.
  - vi) La inversión de recursos públicos en bienes particulares, per se, no configura un daño al patrimonio público, pues como se anotó a lo largo del presente concepto, hay multiplicidad de casos en que dicha inversión es procedente, por tanto, corresponde al funcionario de control fiscal, determinar si la inversión observada corresponde o no a las autorizadas por la normatividad.

En los anteriores términos consideramos atendidas sus inquietudes, esperando haber dado claridad sobre las mismas, anotando que el presente concepto se emite en los términos del artículo 28 de la Ley 1437 de 2011 (CPACA) sustituido por el artículo 1º de la Ley 1755 de 2015 “Por medio de la cual se regula el Derecho Fundamental de Petición y se sustituye un título del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”, con carácter orientador tal como lo determina la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de Consejo de Estado en Auto del 19 de mayo de 2016 dentro del expediente radicado 20392 - 25000-23-37-000-2012-00320-01:

*“...el artículo 253 del Decreto 01 de 1984 (hoy regulado en términos similares por el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011) prevé la consulta como una forma de ejercer el derecho de petición. La respuesta que da la administración se llama concepto y, en general, nace de la obligación de atender solicitudes de información sobre las materias que tiene a cargo. **Los conceptos sirven para orientar a los asociados sobre alguna cuestión que puede afectarlos. Pero eso no indica que siempre se trate de una manifestación unilateral de voluntad y, por ende, capaz de producir algún efecto jurídico general y abstracto. De hecho, los conceptos que emite la administración en relación con las materias que tienen a cargo no comprometen su responsabilidad ‘ni serán de obligatorio cumplimiento o ejecución’**”*  
(Negrilla fuera de texto)

Igualmente le informamos que el Presidente de la República en uso de facultades constitucionales, mediante el Decreto-Legislativo 491 de 2020 “Por el cual se adoptan medidas de urgencia para garantizar la atención y la prestación de los servicios por parte de las autoridades públicas y los particulares que cumplan funciones públicas y se toman medidas para la protección laboral y de los contratistas de prestación de servicios de las entidades públicas, en el marco del Estado de Emergencia Económica”, amplió el término para la resolución de las consultas presentadas por los ciudadanos, así:

*Artículo 5. Ampliación de términos para atender las peticiones. Para las peticiones que se encuentren en curso o que se radiquen durante la vigencia de la Emergencia Sanitaria, se ampliarán los términos señalados en el artículo 14 de la Ley 1437 de 2011, así:*

*(...)*

*(ii) Las peticiones mediante las cuales se eleva una consulta a las autoridades en relación con las materias a su cargo deberán resolverse dentro de los treinta y cinco (35) días siguientes a su recepción.*

*(...)*

Así mismo, le informamos que la señora Auditora General de la República, expidió la Resolución Reglamentaria No. 003 del 26 de marzo de 2020 “Por la cual se suspenden términos en las actuaciones administrativas de la Auditoría General de la República por el disfrute de los días, 29, 30 y 31 de marzo de 2021, autorizado mediante Circular Interna No. 002 de 2021”, resolviendo:

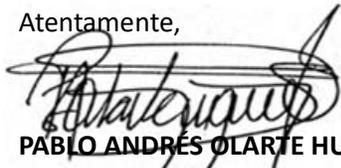
*ARTÍCULO 1º: Suspenden los términos dentro de las actuaciones administrativas de la Auditoría General de la República por los días, 29, 30 y 31 de marzo de 2021, relacionados con: Derechos de petición entendidos como quejas, denuncias, reclamos, **conceptos**, solicitudes de información, denuncias de control fiscal, solicitudes de interés general y solicitudes de interés particular y demás que se presenten, procesos disciplinarios y el proceso auditor para los ejercicios que se encuentran en curso teniendo en cuenta el Plan General de Auditoría PGA-2021, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión. (Negrilla fuera de la norma)*

(...)

Finalmente, le manifestamos que la señora Auditora General de la República en cumplimiento de las disposiciones del Decreto-Legislativo 491 de 2020, expidió la Resolución Reglamentaria No. 005 del 31 de marzo de 2020 *“Por la cual se modifica la Resolución Reglamentaria No. 004 de 2020 y se toman otras medidas por motivos de salubridad pública.”*, autorizando en su artículo 4º, el uso de la firma escaneada por parte de los directivos de la entidad en los documentos dirigidos a los usuarios, y en el artículo 5º su comunicación y notificación a través de medios electrónicos (dirección electrónica).

Para este Despacho es importante conocer la percepción sobre la atención brindada, para lo cual, adjunto a la presente encontrará un formato de encuesta para que lo diligencie y nos lo remita a la dirección de correspondencia Calle 26 Nro. 69-76 Piso 17, Edificio Elemento, Torre 4 de Bogotá o a los correos electrónicos [jurídica@auditoria.gov.co](mailto:jurídica@auditoria.gov.co) y [fljimenez@auditoria.gov.co](mailto:fljimenez@auditoria.gov.co). Si para usted resulta más cómodo, también puede diligenciarla de manera virtual a través de nuestra página web [www.auditoria.gov.co](http://www.auditoria.gov.co) ingresando por el botón SIA, seleccionando la opción SIA ATC ATENCIÓN AL CIUDADANO, estando allí, seleccione el botón Encuesta de Satisfacción e ingrese los dígitos del código SIA-ATC que aparecen en la referencia de la presente comunicación y la contraseña f5f7151f, también puede consultar su solicitud seleccionando el botón Consultar Solicitud ingresando igualmente el mismo código SIA-ATC y contraseña.

Atentamente,



**PABLO ANDRÉS OLARTE HUGUET**  
Director Oficina Jurídica

Anexo: Formato encuesta de satisfacción

	Nombre y Apellido	Firma	Fecha
Proyectado por:	Fabio Luis Jiménez Castro		03/05/2021
Revisado por:	Pablo Andrés Olarte Huguet		05/05/2021
Aprobado por:	Pablo Andrés Olarte Huguet		05/05/2021

*Los arriba firmantes declaramos que hemos revisado el documento y lo encontramos ajustado a las normas y disposiciones legales vigentes y por lo tanto, bajo nuestra responsabilidad lo presentamos para la firma.*