**RECURSOS PÚBLICOS – Definición**

En el ordenamiento jurídico no hay norma que defina el alcance de la expresión “recursos públicos”, es decir, no es posible determinar si se refiere exclusivamente a la ejecución de recursos públicos en dinero o también se refiere a la entrega de bienes muebles o inmuebles que se encuentran en cabeza del Estado a título gratuito.

El término “ejecución de recursos públicos” incluye no sólo la entrega de recursos que hacen parte del ciclo presupuestal de la entidad, sino también la entrega de bienes de dominio público

**BIENES DE DOMINIO PÚBLICO – Definición – Clasificación**

De acuerdo con la Corte Constitucional, en la sentencia C- 183 de 2003, Magistrado Ponente: Alberto Beltrán Sierra, son “el conjunto de bienes que la administración afecta al uso directo de la comunidad o que lo utiliza para servir a la sociedad”. Dentro de esta categoría se encuentran los bienes fiscales y los bienes de uso público.

**BIENES DE USO PÚBLICO Y BIENES FISCALES – Definición**

Los bienes de uso público se encuentran fuera del comercio y las entidades estatales no pueden disponer de ellos; por su parte, los fiscales son susceptibles de disposición por parte de las entidades estatales. En este sentido, las entidades pueden disponer de los bienes fiscales, entre otras a través de la enajenación de bienes muebles a título gratuito entre entidades estatales y de esta forma harían parte del concepto de ejecución de recursos públicos de la Ley 996 de 2005.

**LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES – Enajenación de bienes muebles – Suscripción – Título gratuito – Restricción – Parágrafo del artículo 38 – Aplicación**

La entidad estatal podrá adelantar el procedimiento de enajenación de bienes muebles a título gratuito, previsto en el artículo 2.2.1.2.2.4.3 del Decreto 1082 de 2015 con entidades estatales que no tengan naturaleza de entidad del orden departamental, distrital o municipal, pues adquiriría la connotación de contra o convenio interadministrativo de los prohibidos durante la vigencia de la Ley de Garantías. De igual manera, no podrán celebrarlos si la ejecución de recursos públicos incluye la entrega de bienes público o de bienes fiscales por parte de los funcionarios, aun cuando sea a título gratuito.

Bogotá D.C., **06/11/2019 Hora 15:9:43s**

# N° Radicado: 2201913000008259

Señor

# William Alfonso García Torres

Instituto de Cultura y Patrimonio de Antioquia Gobernación de Antioquia

Medellín, Antioquia

|  |  |
| --- | --- |
| **Radicación:** | Respuesta a consulta # 4201912000006293 |
| **Temas:** | Aplicación Ley de Garantías, enajenación de bienes de muebles entre entidades estatales |
| **Tipo de asunto consultado:** | Aplicación de la Ley de Garantías al procedimiento de enajenación de bienes muebles a título gratuito entre entidades estatales del artículo 2.2.1.2.2.4.3 del Decreto 1082 de 2015 |

Estimado señor García,

La Agencia Nacional de Contratación Pública -Colombia Compra Eficiente- responde su consulta del 16 de septiembre de 2019 en ejercicio de la competencia otorgada por el numeral 8 del artículo 11 y el numeral 5 del artículo 3 del Decreto Ley 4170 de 2011.

# Problema Planteado

“¿En el marco de las restricciones de la Ley de Garantías, es posible adelantar el procedimiento establecido en el artículo 2.2.1.2.2.4.3 del Decreto 1082 de 2015, y en efecto, suscribir acta de entrega entre las entidades estatales interesada?”.

# Consideraciones

El parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005 establece la prohibición para gobernadores, alcaldes, secretarios, gerentes y directores de entidades de orden municipal, departamental o distrital, para celebrar convenios o contratos interadministrativos para la ejecución de recursos públicos dentro de los cuatro (4) meses anteriores a cualquier elección, en los siguientes términos:

Artículo 38. Prohibiciones para los servidores públicos. A los empleados del Estado les está prohibido:

(…)

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.

Lo anterior quiere decir que los gobernadores, alcaldes distritales y municipales, secretarios de despacho, gerentes y directores de entidades descentralizadas del orden municipal, departamental o distrital, tienen prohibido, a partir del día 27 de junio y hasta el

27 de octubre de la actual vigencia fiscal, celebrar convenios o contratos interadministrativos para la ejecución de recursos públicos.

Ahora, como se consulta si es posible que una entidad enajene bienes muebles a título gratuito con otra entidad estatal durante la vigencia de la Ley de Garantías, se explicará si la “ejecución de recursos públicos” incluye la entrega de bienes a título gratuito, o si se entiende de forma restringida a la ejecución de recursos que hacen parte del ciclo presupuestal de una entidad estatal.

En el ordenamiento jurídico no hay norma que defina el alcance de la expresión “recursos públicos”, es decir, no es posible determinar si se refiere exclusivamente a la ejecución de recursos públicos en dinero o también se refiere a la entrega de bienes muebles o inmuebles que se encuentran en cabeza del Estado a título gratuito.

La Corte Constitucional y el Consejo de Estado se han pronunciado sobre la situación en la cual en el ordenamiento se encuentran normas cuyo alcance no está determinado con exactitud en la ley. Refiriéndose a los conceptos jurídicos indeterminados, Ara Pinilla explica que deben ser interpretados por el destinatario de la norma, quien debe precisarlo, al tenor de las circunstancias concretas que pesan sobre él1. Por lo tanto, ante la

1 Ara Pinilla, I., Presupuestos y posibilidades de la doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados”, Revista crítica de derecho administrativo, 90/2014, p. 112. “los conceptos jurídicos indeterminados no son sino términos jurídicos abiertos que han de ser precisados en los actos de aplicación del derecho que los contiene y, por consiguiente, perfilados por un operador jurídico que es distinto al de su creación”.

existencia de conceptos jurídicos indeterminados el intérprete determinará el alcance del concepto de acuerdo con las circunstancias específicas de cada caso2.

Conforme a lo anterior, para dotar de contenido la expresión “recursos públicos” se acudirá a la exposición de motivos de la Ley para determinar si la entrega de un bien a título gratuito se enmarca en la ejecución de “recursos públicos”.

La Ley 996 de 2005, de acuerdo con la Gaceta No. 71 del 20053, tiene como propósito evitar cualquier tipo de arbitrariedad, de ventaja injustificada, de uso irregular de los recursos del Estado en las campañas o falta de garantías en la elección presidencial. Ahora, en las Gacetas del Congreso de la República No. 71, 231, 312 y 362 del año 2005, si bien se fijaron prohibiciones a los servidores públicos, no se incluyó la prohibición de celebrar convenios o contratos interadministrativos cuatro meses antes a cualquier elección. Esta prohibición se incorporó en la Gaceta No. 35 de 2006, en la cual se publicó la Ley 996 de 2005, sin embargo, no se explicó el alcance de la expresión “ejecución de recursos públicos”.

Por su parte, la Gaceta No. 71 del 2 de marzo de 2005 señala que este proyecto de ley busca impedir que el cargo de una persona se utilice para promover una candidatura o ejercer presión sobre los subordinados para determinar su voluntad de elección.

Por estas consideraciones, el proyecto de ley estatutaria aborda el tema de la participación de los servidores públicos en política estableciendo unas

2 Corte Constitucional. Sala Plena. Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo. Sentencia C-435 de 10 de julio de 2010. Expediente D-9434.Dichos conceptos son aquellos en los que el sentido para la aplicación de la norma, no se encuentra determinado con exactitud en la ley.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Consejero Ponente: William Hernández Gómez. Bogotá, D.C., 10 de mayo de 2018. Radicación número: 11001-03-25- 000-2011-00502-00(1.938-11).

(…)

“Conviene aclarar que los conceptos jurídicos indeterminados, entendidos como aquellos conceptos de valor o de experiencia utilizados por el legislador, que limitan o restringen el alcance de los derechos y de las obligaciones que asumen los particulares o las autoridades públicas”.

3 Gaceta 71 de 2005. Proyecto de Ley Número 216 de 2005, “por medio del cual se regula la igualdad entre los candidatos a la Presidencia de la República y las demás materias que establece el Acto Legislativo No. 02 de 2004”. Exposición de motivos: “Es claro que en una campaña electoral en la cual el Presidente en ejercicio aparezca como candidato, deben ofrecerse todas las garantías de igualdad posibles entre candidatos, y por ello la figura de la reelección presidencial debe ir acompañada de previsiones suficientes que eviten cualquier tipo de arbitrariedad, de ventaja injustificada, de uso irregular de los recursos del Estado en las campañas o falta de garantías en la elección. Y así lo contempla este proyecto de ley estatutaria el cual esperamos sirva de punto de partida para una discusión que deberá buscar el máximo consenso posible entre las fuerzas políticas representadas en el Congreso de la República”.

prohibiciones aplicables a los servidores públicos no considerados en el inciso segundo del artículo 127 de nuestra Constitución. Básicamente se busca impedir que el cargo que se ostente sea utilizado para promover una candidatura o ejercer presión sobre los subordinados para determinar su voluntad de elección. Asimismo, para no oponer el derecho político del empleado público a su derecho al trabajo, se ha establecido que si dicho servidor se encuentra en carrera administrativa pueda pedir una licencia no remunerada para realizar su campaña electoral.

En este sentido, el objetivo de la Ley 996 de 2005 es evitar que un funcionario público que se encuentra en campaña electoral o apoyando alguna candidatura, haga uso de su cargo para influenciar a terceros para que voten de una determinada forma, es decir, que afecte la intención de voto.

De acuerdo con el debate legislativo, se afecta el voto de una persona no sólo con la entrega de dinero público sino con la entrega de bienes del Estado. Es así como el artículo

3 del Proyecto de Ley Estatutaria Número 216 de 2005 prohibió al presidente, en la campaña presidencial, “entregar personalmente subsidios del Estado o cualquier otro dinero del Estado o producto de donaciones de terceros al Gobierno Nacional”.

Sin embargo, posteriormente, la Gaceta del Congreso No. 231 del 5 de mayo de 2005 cambió el sentido de la prohibición, incluyendo que el presidente no podrá: “Entregar personalmente recursos *o bienes estatales* o cualquier otra suma de dinero proveniente del erario o producto de donaciones de terceros al Gobierno Nacional”. En este sentido, si el presidente se encuentra en campaña presidencial no podrá entregar personalmente recursos o bienes estatales o cualquier otra suma de dinero proveniente del erario porque este tipo de conductas afectan la voluntad de elección de terceros.

Si el parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005 prohíbe a los gobernadores, alcaldes municipales y/o distritales, secretarios, gerentes y directores de entidades descentralizadas del orden municipal, departamental o distrital celebrar contratos o convenios interadministrativos para la ejecución de recursos públicos, se debe entender por “ejecución de recursos públicos”, de acuerdo con el propósito de la norma, evitar que un funcionario use su cargo para influir en la intención de voto de un tercero, y por lo tanto la ejecución de recursos públicos no se debe entender de forma restringida a la entrega de dineros públicos, sino también la entrega de bienes del estado para su uso.

Explicado que el término “ejecución de recursos públicos” incluye no sólo la entrega de recursos que hacen parte del ciclo presupuestal de la entidad, sino también la entrega de bienes de dominio público surge el siguiente interrogante: ¿cuáles son los bienes que se pueden entregar o disponer de ellos por parte de los funcionarios públicos?

Los bienes de dominio público, de acuerdo con la Corte Constitucional, en la sentencia C- 183 de 2003, Magistrado Ponente: Alberto Beltrán Sierra, son “el conjunto de bienes que la administración afecta al uso directo de la comunidad o que lo utiliza para servir a la sociedad”. Dentro de esta categoría se encuentran los bienes fiscales y los bienes de uso público.

Los bienes fiscales, de acuerdo con el Alto Tribunal Constitucional, en la sentencia C-183 de 20034, están destinados a la prestación de servicios públicos que la Administración utiliza de forma inmediata, como los edificios donde funcionan las oficinas públicas. A su vez, el Consejo de Estado, Sección Tercera, radicado 21.699, Consejera Ponente Ruth Stella Correa Palacio5, los define como aquellos que pertenecen a sujetos de derecho público pero su uso no pertenece generalmente a los habitantes, de tal forma que el Estado los posee y los administra de forma similar a como lo hacen los particulares con los bienes de su propiedad. De esta forma, sobre los bienes fiscales, a pesar de estar destinados a la prestación de servicios públicos, las entidades estatales tienen la facultad de disponer de ellos a través de un acto jurídico como la compraventa, la donación, el arriendo, entre otros.

Ahora, el artículo 674 del Código Civil define los bienes de dominio público como aquellos que “(…) pertenece a todos los habitantes de un Territorio, como el de calles, plazas, puentes y caminos, se llaman bienes de la Unión o de uso público o bienes públicos del

4 Corte Constitucional. Sala Plena. Magistrado Ponente: Alfredo Beltrán Sierra. Sentencia C-183 de 2003. Expediente D-4244.

(…)

“Los bienes fiscales o patrimoniales se encuentran destinados a la prestación de servicios públicos que la administración utiliza de forma inmediata, como por ejemplo los edificios en que funcionan las oficinas públicas. Dentro de esta clase de bienes, también se encuentra lo que se denomina bienes fiscales adjudicables, que son aquellos que la Nación puede traspasar a los particulares que cumplan con las exigencias establecidas en la ley, como es el caso de los bienes baldíos”.

5 Consejo de Estado. Sala de los Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Magistrada Ponente: Ruth Stella Correa Palacio. Radicación número: 25000-23-26-000-1995-00704-00(21.699). Bogotá, D.C., 30 de abril de 2012: “Los bienes fiscales o patrimoniales, son aquellos que pertenecen a sujetos de derecho público de cualquier naturaleza u orden y que, por lo general, están destinados al cumplimiento de las funciones públicas o servicios públicos, tales como los terrenos, edificios, fincas, granjas, equipos, enseres, acciones, rentas y bienes del presupuesto, etc., es decir, afectos al desarrollo de su misión y utilizados para sus actividades, o pueden constituir una reserva patrimonial para fines de utilidad común. Su dominio corresponde a la República, pero su uso no pertenece generalmente a los habitantes, de manera que el Estado los posee y los administra en forma similar a como lo hacen los particulares con los bienes de su propiedad”.

Territorio”. De acuerdo con la Corte Constitucional (sentencia C-183 de 2003)6, son bienes que pertenecen al Estado, destinados al uso común de todos los habitantes, y se encuentran por fuera del comercio. Por su parte, el Consejo de Estado7, Sección Tercera, radicado No. 36.711, Consejero Ponente Carlos Alberto Zambrano, define estos bienes como los que pertenecen al Estado y están destinados al uso, goce y disfrute de todos los habitantes del territorio. Por lo tanto, como los bienes de uso público están destinados al uso de los habitantes de un territorio el Estado, no puede disponer de ellos por encontrarse fuera del comercio.

En conclusión, los bienes del Estado se dividen en bienes fiscales y de uso público. Los bienes de uso público se encuentran fuera del comercio y las entidades estatales no pueden disponer de ellos; por su parte, los fiscales son susceptibles de disposición por parte de las entidades estatales. En este sentido, las entidades pueden disponer de los bienes fiscales, entre otras a través de la enajenación de bienes muebles a título gratuito entre entidades estatales y de esta forma harían parte del concepto de ejecución de recursos públicos de la Ley 996 de 2005.

Dado que su consulta hace referencia a la aplicación de la restricción del parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005 frente al procedimiento establecido en el artículo 2.2.1.2.2.4.3 del Decreto 1082 de 2015 de enajenación de bienes a título gratuito entre entidades estatales a continuación, se expondrán las consideraciones de la Agencia Nacional de Contratación Pública frente a este procedimiento.

La normativa del sistema de compra pública no establece el significado de enajenar bienes a título gratuito, de manera que hay que recurrir a las normas generales para dotar de contenido dicha expresión, es así como el Código Civil define la donación como “un acto por el cual una persona transfiere, gratuita e irrevocablemente, una parte de sus bienes a

6 Corte Constitucional, sentencia C-183 de 2003: “Ahora, los bienes de uso público propiamente dicho, que pueden ser por naturaleza o por el destino jurídico, se caracterizan por pertenecer al Estado o a otros entes estatales, estar destinados al uso común de todos los habitantes, y por encontrarse fuera del comercio, ser imprescriptibles e inembargables. Están definidos en la ley como aquellos que “su uso pertenece a todos los habitantes de un Territorio, como el de calles, plazas, puentes y caminos, se llaman bienes de la Unión o de uso público o bienes públicos del Territorio” (art. 674 C.C.)”.

7 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. Consejero Ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera. Radicación número: 25000-23-26-000-00821- 01(36.711). Bogotá D.C., 19 de julio de 2018: ”En este orden de ideas, se ha señalado que los bienes de uso público son aquellos cuya titularidad pertenece al Estado y se hallan destinados al uso, goce y disfrute de todos los habitantes del territorio, están sometidos al régimen de derecho público y sobre ellos el Estado ejerce derechos de administración y de policía, con miras a garantizar y proteger su uso y goce común, por motivos de interés general.”

otra persona que la acepta”8, la Sección Tercera del Consejo de Estado, en sentencia del 25 de mayo de 2016 con ponencia de Hernán Andrade Rincón sostuvo respecto de la definición de la donación del Código Civil, que era naturalmente imprecisa toda vez que la donación es un verdadero “contrato” y no solo un acto, lo anterior porque para el perfeccionamiento del “contrato” concurre i) la voluntad dispositiva de la persona que pretende entregar parte de su patrimonio -donante y ii) la aceptación de quien recibirá el beneficio económico – donatario9.

Conforme a lo anterior, la celebración de un contrato de donación se constituye como un verdadero acto traslaticio del dominio10 y en consecuencia como la expresión “ejecución de recursos públicos” del parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005 no solo se entiende a los recursos que integran el ciclo presupuestal de la entidad, sino también los bienes fiscales de los que puede disponer la entidad que se entregan a título gratuito, porque con ello podría influenciarse la intención de voto de quien recibe el bien.

El parágrafo del artículo 38 de la Ley en cita, igualmente prohíbe la celebración de contratos o convenios interadministrativos, la tipología de contrato interadministrativo fue creada en la Ley 80 de 1993, y aunque no la definió ni desarrolló, el Decreto 1082 de 2015, “Por medio del cual se expide el Decreto único reglamentario del sector administrativo de planeación nacional”, califica a los contratos o contratos interadministrativos como aquella contratación entre entidades estatales.

8 Código Civil, “Artículo 1443, La donación entre vivos es un acto por el cual una persona transfiere, gratuita e irrevocablemente, una parte de sus bienes a otra persona que la acepta”.

9 El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso, Sección Tercera, Subsección A, Consejero Ponente: Hernán Andrade Rincón, en sentencia del 25 de mayo de 2016, con numero de radicado: 52001-23-31-000- 2011-00297-01(AP): “Al momento de su conceptualización la donación corrió igual fortuna, pues el artículo 1443 del Código Civil la define como el acto por el cual una persona transfiere, gratuita e irrevocablemente, una parte de sus bienes a otra que la acepta , lo que resulta de suyo impreciso, en tanto se está ante un verdadero contrato y no un mero acto , pues a él no solo concurre la voluntad dispositiva de aquel que pretende desprenderse de parte de su patrimonio, sino que requiere, para su perfeccionamiento, la aceptación de quien recibirá el beneficio económico: donante y donatario han de participar en la formación del acto mediante el concurso de sus voluntades en torno de la prestación que constituye el objeto de la relación negocial. El contrato de donación, en últimas, constituirá el título traslaticio del dominio, tal como lo previene el artículo 745 del Código Civil”.

10 Código Civil, “Artículo 745. Para que valga la tradición se requiere un título traslaticio de dominio, como el de venta, permuta, donación, etc.

“Se requiere, además que el título sea válido respecto de la persona a quien se confiere. Aso el título de donación irrevocable no transfiere el dominio entre cónyuges”.

De conformidad con lo anterior, el contrato o convenio interadministrativo es el acuerdo en el que concurre la voluntad de dos o más personas jurídicas de derecho público con la finalidad de cumplir, en el marco de sus objetivos misionales y sus competencias, los fines del Estado. Es decir, los contratos o convenios interadministrativos nominados en la Ley 80 de 1993 están definidos por un criterio orgánico, pues es necesario que los extremos de la relación contractual sean entidades estatales. En otras palabras, cuando los extremos de la relación jurídica sean entidades estatales, se estará en presencia de un contrato o convenio interadministrativo.

En definitiva, la entidad estatal podrá adelantar el procedimiento de enajenación de bienes muebles a título gratuito, previsto en el artículo 2.2.1.2.2.4.3 del Decreto 1082 de 2015 con entidades estatales que no tengan naturaleza de entidad del orden departamental, distrital o municipal, pues adquiriría la connotación de contra o convenio interadministrativo de los prohibidos durante la vigencia de la Ley de Garantías. De igual manera, no podrán celebrarlos si la ejecución de recursos públicos incluye la entrega de bienes publico o de bienes fiscales por parte de los funcionarios, aun cuando sea a título gratuito.

# Respuesta

El parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005 prohíbe, para el periodo comprendido entre el 27 de junio al 27 de octubre de 2019, en cualquier elección local celebrar convenios o contratos interadministrativos que ejecuten recursos públicos, entre entidades del nivel territorial.

La finalidad de la Ley 996 de 2005 es brindar garantías que impidan a los funcionarios públicos el uso de sus cargos para incidir en el voto de ciudadanos. La ejecución de recursos públicos no solo se entiende frente a los que integran el ciclo presupuestal de la entidad, sino también otros bienes que se entregan a título gratuito, porque con ello podría influenciarse la intención de voto de quien recibe el bien.

Debido a que los contratos o convenios interadministrativos nominados en la Ley 80 de 1993 están precedidos de un criterio orgánico, lo que exige que los extremos de la relación contractual sean personas jurídicas de derecho público, indistintamente del bien o servicio objeto del acuerdo de voluntades, si la realización del procedimiento de enajenación de bienes muebles a título gratuito entre entidades se da entre entidades del orden territorial no será posible su celebración durante la vigencia de la Ley de Garantías, por celebrarse un contrato o convenio interadministrativo.

Si el convenio o contrato interadministrativo que se celebra en virtud de la enajenación de bienes muebles se da entre una entidad del orden territorial y una entidad del orden nacional, ese contrato o convenio no se encuadra en la prohibición mencionada, por la participación de la entidad del orden territorial.

Este concepto tiene el alcance previsto en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Atentamente,



Proyectó: Ana María Pérez Cárdenas