

TATIANA CRISTINA GÓMEZ GRACIA

**DECONSTRUCCIÓN DE LA PROHIBICIÓN CONSTITUCIONAL DE
DECRETAR AUXILIOS A FAVOR DE PARTICULARES**

(Tesis de Grado)

BOGOTÁ D.C., COLOMBIA

2018

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA
FACULTAD DE DERECHO
TESIS DE GRADO

RECTOR:

DR. JUAN CARLOS HENAO

SECRETARIA GENERAL:

DRA. MARTHA HINESTROSA REY

DIRECTOR DEL DEPARTAMENTO DE
DERECHO ADMINISTRATIVO:

DR. ALBERTO MONTAÑA PLATA

DIRECTORA DE TESIS:

DRA. INDIRA DIAZ LINDAO

PRESIDENTE DE TESIS:

DR. EDGAR GONZÁLEZ LÓPEZ

EXAMINADORES:

DR. ALBERTO MONTAÑA PLATA

DRA. MÓNICA HERRERA ZAPATA

A mis padres, Neftalí y Marioly, por ser los promotores de mis sueños, por guiar la construcción de mi camino con tanto amor y esfuerzo, por su comprensión siempre presente, por su confianza inquebrantable en mí y, principalmente, porque hacerlos sentir orgullosos es el propósito más importante de mi vida. Infinita gratitud hacia ellos.

AGRADECIMIENTOS

A Dios, por ser mi fortaleza y mi soporte fundamental en la consecución de mis metas.

A mis hermanos, Daniel y Nathalí, por ser una de mis más grandes motivaciones, por su constante aliento, y porque tengo la certeza de que nuestras alegrías y tristezas son compartidas.

A Camilo por la importante compañía que significó en mi etapa universitaria, por su gran disposición para los debates académicos que enriquecieron la investigación y, en especial, por alentarme a continuar en los momentos difíciles.

A la Doctora Indira Díaz Lindao por la orientación que me brindó en la elaboración de este trabajo, por los aportes que realizó al mismo y por el tiempo invertido en la discusión de las ideas aquí presentadas.

De manera especial agradezco al Doctor Edgar González López por la confianza que ha depositado en mí a través de valiosas oportunidades laborales y académicas, por resaltar la importancia de la investigación y por su insistencia en el desarrollo de este documento, y a la Doctora Luz Mónica Herrera porque además de formar con el Doctor González mi guía en el recorrido por el Departamento de Derecho de las Telecomunicaciones, me ha brindado su amistad y se ha convertido en un apoyo incondicional en la universidad.

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	vi
CAPÍTULO I. LAS BASES DEL PARADIGMA FIJADO POR EL CONSTITUYENTE	1
1. Fundamentos históricos de la prohibición.	1
2. La prohibición de decretar auxilios parlamentarios: ¿los contratos permitidos en el inciso segundo del artículo 355 como única excepción a la regla?	11
CAPÍTULO II. EL CAMPO DE ACCIÓN CADA VEZ MÁS LIMITADO DE LA PROHIBICIÓN CONSTITUCIONAL	34
1. La ampliación gradual y siempre creciente de los auxilios y donaciones permitidos	34
2. Requisitos identificados por la Corte Constitucional para admitir auxilios y donaciones	44
3. Problemáticas derivadas de la jurisprudencia constitucional que busca determinar el alcance del artículo 355 de la Constitución Política	49
CAPÍTULO III. ALCANCE DEL ARTÍCULO 355 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA EN EL MARCO DEL DERECHO ADMINISTRATIVO	55
1. Redefinición de los auxilios y donaciones (permitidos/prohibidos) en el derecho público: requisitos sustanciales y formales que excluyen la mera liberalidad	55
2. La acción de la Administración Pública: los auxilios como principal instrumento de la actividad de fomento	63
CONCLUSIONES	74
BIBLIOGRAFÍA	81

INTRODUCCIÓN

La defensa de los recursos públicos constituye un tema de particular interés, principalmente, en un país que históricamente ha presentado altos niveles de corrupción¹. No obstante, el afán por establecer mecanismos drásticos para combatirla ha impedido que se realicen las reflexiones necesarias sobre las implicaciones jurídicas, sociales y políticas que de ellos podrían derivarse.

La Asamblea Nacional Constituyente de 1991, en su labor de otorgarle expresión jurídica a la voluntad política preponderante en la sociedad colombiana, aprobó una prohibición categórica dirigida las Ramas del Poder Público de decretar auxilios y donaciones a personas naturales y jurídicas de derecho privado, cuyos efectos podrían ser tan nocivos como vaciar, o reducir al mínimo, el contenido de la cláusula del Estado Social de Derecho, que se erige, a su vez, como un pilar de nuestro Carta. Es por esta razón que resulta imperioso preguntarse si, en atención al inciso primero del artículo 355 de la Constitución Política, las Ramas del Poder Público tienen prohibido el decreto de auxilios y donaciones a particulares o si, por el contrario, es necesario realizar una relectura del mismo en orden a determinar su real alcance.

La prohibición estudiada podría considerarse como la respuesta al clamor nacional de rechazo hacía los llamados auxilios parlamentarios, originados en una competencia que la Constitución Política de 1886 le asignaba al Congreso, pues si bien, inicialmente, fueron destinados a las respectivas circunscripciones electorales para el impulso de empresas útiles o benéficas, con el tiempo se degradó el sistema y tales recursos fueron desviados a las múltiples corporaciones o fundaciones privadas creadas para evadir el control fiscal de fondos públicos. Estas circunstancias históricas se constituyeron en el antecedente más reciente de la prohibición que, a la postre, resultó contenida en el inciso primero del artículo 355 constitucional. No obstante, paradójicamente, la forma en que se dio respuesta a tan importante problemática generó un nuevo problema, de gran relevancia constitucional, pues

¹ Para comprobar esta afirmación basta con revisar los resultados del Índice de Percepción de Corrupción que publica Transparencia Internacional, cuyos últimos resultados arrojaron para Colombia un puntaje de 37 en una escala de 0 a 100, donde 0 indica altos niveles de corrupción y 100 el máximo nivel de transparencia. Al respecto ver: <https://www.transparency.org/country/COL#>

se genera una importante duda interpretativa ante la colisión de la prohibición y la cláusula de “social” de nuestro modelo estatal. En otras palabras, la Constitución Política de 1991, al mismo tiempo, define a Colombia como un Estado Social de Derecho y consagra una prohibición categórica a las Ramas del Poder Público para decretar auxilios y donaciones a personas naturales o jurídicas de derecho privado. Esta circunstancia, al menos en términos teóricos, evidencia una contradicción, cuyo estudio es irrenunciable.

En efecto, la jurisprudencia constitucional ha asumido esta tarea, empero, al reducir el campo de acción de la norma se ha suscitado para las Ramas del Poder Público un desafío a la hora de gestionar los intereses que tienen a su cargo, pues no son del todo claros los medios que pueden utilizar, sin que excedan su órbita competencial o sin que incurran en la prohibición constitucional. En otros términos, redefinir el alcance de la norma estudiada, a partir de un estudio sistemático de la Constitución Política, puede solucionar la contradicción que se expuso, pero a su vez, genera un escenario problemático. Lo anterior, porque un posible vía sería concebirla como una prohibición total de decretar auxilios y donaciones a particulares, con lo cual no habría duda de que las Ramas del Poder Público tienen que prescindir de dichos medios para el cumplimiento de fines estatales; no obstante, el camino por el que ha optado por la Corte Constitucional ha sido entenderla como una prohibición con un alcance limitado, pero su contenido, alcance y contornos no son claros. Por tanto, se hace necesario la proposición de un contenido claro y preciso, que sirva de instrumento interpretativo para la solución de escenarios futuros, permita la solución de casos dudosos, y favorezca el ejercicio de las funciones atribuidas a las Ramas del poder público.

La importancia de esclarecer la interpretación de la norma estudiada, y con ello la importancia de la investigación, se deriva de una multiplicidad de situaciones fácticas donde es necesario determinar si la prohibición aplica o no, a saber: i) aquellas situaciones donde se requiere auxiliar, pero por la disposición categórica contenida en el artículo 355, se concluye que existe una prohibición absoluta, ii) aquellos eventos en donde podría ser legítimo y permitido auxiliar a los privados pero, al mismo tiempo, existe una exigencia constitucional de priorizar el gasto y no perturbar el mercado (auxilios a cafeteros, a ganaderos, a contratistas), o iii) circunstancias en las que se evidencian fundamentos para

auxiliar pero el auxilio no se configura como el medio idóneo para alcanzar el fin propuesto. Las situaciones esbozadas, siendo solo ejemplificativas, evidencian la pertinencia, actualidad e importancia del tema de investigación.

Ahora bien, el objeto de la investigación cobra particular relevancia para la administración pública, por cuanto ha dejado de ser considerada como una mera ejecutora de la ley y, por el contrario, se ha erigido en el conjunto de entidades y organismos que, en cumplimiento de los fines estatales, evidencia una mayor cercanía a la cotidianeidad de los administrados; si se quiere, es en las actividades administrativas, desarrolladas principalmente por la administración, donde se evidencia una concreción más clara de las tareas del Estado. En esta lógica, si bien a las ramas judicial y legislativa les interesa esclarecer el alcance de la prohibición, en la gestión cotidiana de intereses públicos, será la Administración Pública la principal interesada en ello. Por tanto, se hace necesario esclarecer los presupuestos constitucionales que dirigen el desarrollo de su actividad de fomento, porque además de la cobertura legal, se requiere un efectivo reconocimiento del texto constitucional y, además, cualquier gestión de intereses públicos a cargo de la administración debe estar regida por principios de rango constitucional. Ello explica que la *“verdadera relación entre el Derecho constitucional y el Derecho administrativo sólo se empezó a evidenciar cuando se reconoció la fuerza normativa superior de la Constitución como fuente del Derecho administrativo y se dio así el primer paso hacia la constitucionalización de este, dentro de un verdadero Estado de Derecho y no simplemente en un Estado legal”*². De este modo, quedan expuestos las circunstancias fácticas y jurídicas que demuestran la actualidad y pertinencia del tema de investigación y, además, las razones que justifican el problema jurídico planteado.

Ahora bien, es necesario efectuar algunas precisiones de índole metodológica. En primer lugar, para desarrollar la investigación se utilizará un método de tipo inductivo, en la medida que la respuesta al problema se construirá con base en premisas particulares, derivadas de la interpretación de la norma estudiada como regla, de los pronunciamientos jurisprudenciales que la interpretan y de la identificación y ajuste de los vacíos o ambigüedades del acervo

² OSPINA GARZÓN, Andrés. “Presentación”. En: *La Constitucionalización del derecho administrativo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014, p. 11-18.

jurisprudencial. Este método permitirá la concreción de una premisa general contentiva de la interpretación que, a nuestro juicio, debería tener la norma constitucional estudiada.

En desarrollo de esta metodología, y siempre con el fin de resolver el problema atrás enunciado, esta investigación estará dividida en tres capítulos, dispuestos de manera que sean una suerte de secuencia lógica de argumentos tendientes a la construcción de la premisa interpretativa de la prohibición contenida en el artículo 355 constitucional. De este modo, en el primer capítulo (I) se abordará el paradigma fijado por el constituyente, partiendo del fundamento histórico del referido artículo 355, para enseguida analizar la interpretación que se derivaría de su naturaleza de regla jurídica, con una suerte de única excepción. De esta manera, se expondrá como una posible respuesta a la problemática se podría derivar de la interpretación del inciso primero, de la norma estudiada, como regla jurídica, lo cual implicaría que su inciso segundo fuera la única excepción a la prohibición, por lo que se deben analizar las características principales de la modalidad contractual allí prevista, para determinar el alcance que tendría la norma constitucional así entendida. A continuación, en el segundo capítulo (II) se pondrá de presente como la interpretación de la norma estudiada como regla jurídica implicaría desconocer el carácter sistemático de las normas constitucionales y, por tanto, como respuesta alternativa a la solución del problema, se realizará un análisis crítico de la jurisprudencia constitucional, la cual, si bien le imprime un contenido material al artículo 355 que dista de su redacción original, no ha logrado esclarecer el alcance de la prohibición, es decir, el acervo jurisprudencial se muestra aún insuficiente y poco claro para determinar el real alcance de la norma estudiada. En consecuencia, en el capítulo tercero (III), y sin desechar los importantes avances que se derivan de la jurisprudencia, más bien ajustando sus vacíos y ambigüedades, se propondrá la respuesta que a nuestro juicio, en una suerte de síntesis de las anteriores respuestas (tesis y antítesis), constituye la opción hermenéutica que permite esclarecer, de forma clara y concisa, el contenido y alcance de normas estudiada y, al mismo tiempo, exige la ubicación de los instrumentos de auxilios y donaciones dentro del universo de la función administrativa y del derecho administrativo.

CAPÍTULO I. LAS BASES DEL PARADIGMA FIJADO POR EL CONSTITUYENTE

Los hechos, por sí solos, no deben ser la medida del derecho, es decir, la creación de las normas no debe estar guiada exclusivamente por las situaciones fácticas que las inspiran y, por el contrario, debe atender, en igual medida, a las implicaciones jurídicas y políticas que de ellas puedan resultar. No obstante, el ser y el deber ser no siempre coinciden en el ordenamiento jurídico, por ello, en este caso, es de suma importancia analizar los hechos que antecedieron la creación del artículo 355, en aras de determinar si las consecuencias de la redacción corresponden a los motivos que le dieron origen.

Para cumplir con lo anterior, primero, será necesario determinar los fundamentos históricos de la configuración constitucional vigente (1) y, en segundo lugar, explorar una posible interpretación del esquema constitucional contenido en el artículo 355 (2). De su contraste resultará si el paradigma fijado por el constituyente es adecuado o si, por el contrario, excedió su propósito.

1. Fundamentos históricos de la prohibición.

El discurrir histórico y la formación del Derecho no pueden transitar por vías opuestas, más bien se yuxtaponen. Desde la óptica del jurista, la función de la historia o la forma de interacción entre esta y el Derecho no ha sido un asunto pacífico, algunos juristas le han asignado a la primera una función persuasiva, por cuanto sirve como instrumento de razonamiento jurídico, otros identifican en ella una utilidad de índole comparativo, lo cierto es que, como lo afirma Sabino Cassese, la historia es una compañera necesaria del Derecho³. Es por ello que en el presente acápite se analizarán los hechos que precedieron a la creación del artículo 355 de la Constitución Política.

³ CASSESE, Sabino. *Derecho Administrativo: historia y futuro*. España: Global Law Press-Editorial Derecho Global, 2014, p. 433 y ss.

La Constitución Política, en su artículo 355, señala:

“Ninguna de las ramas u órganos del poder público podrá decretar auxilios o donaciones en favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado.

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

La doctrina y la jurisprudencia constitucional han ubicado, con acierto, el origen de la prohibición contenida en el primer inciso del artículo 355 en los llamados “*auxilios parlamentarios*” y, a su vez, han indicado que dichos auxilios fueron el resultado del ejercicio indebido de la facultad del Congreso de la República de fomentar las empresas útiles y benéficas dignas de estímulo y apoyo. Sin embargo, el origen de esta competencia para fomentar ha sido asignado de manera errónea, algunas veces a la reforma constitucional de 1968⁴ y otras al Acto Legislativo 1 de 1945, reformativo de la Constitución Política de 1886⁵.

Lo cierto es que la Constitución Política de 1886, en su presentación original⁶, ya había incluido la controvertida facultad de fomentar empresas útiles y benéficas dignas de estímulo y apoyo en la órbita competencial del Congreso (artículo 76, inciso 18) y la había presentado como una excepción expresa a la prohibición contenida en su artículo 78, que establecía las

⁴ CHÁVEZ MARÍN, Augusto Ramón. *Los convenios de la Administración. Entre la gestión pública y la actividad contractual*. Bogotá: Temis, 2015, p. 375.

⁵ En la sentencia C-324 de 2009, la Corte Constitucional realizó un análisis encaminado a explicar el origen de la prohibición consagrada en el artículo 355 y su alcance, y señaló en su párrafo “*La Constitución de 1886, a partir del Acto Legislativo número 1 de 1945, incluyó dentro del ámbito de competencias del Congreso de la República en el artículo 76 la facultad de “[...] fomentar empresas útiles y benéficas dignas de estímulo y apoyo.”, atribución que fue extendida por el Congreso a las Asambleas Departamentales y a los Concejos Municipales con fundamento en el numeral 3 del citado artículo 76 y en el artículo 187 constitucional.*”

⁶ Colombia. Constitución Política de 1886. (en línea) Disponible en: https://repository.eafit.edu.co/bitstream/handle/10784/1083/LIBRO_342.861C718C86_1886.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Consultado el 5 de agosto de 2018.

prohibiciones al Congreso y en su numeral 5 señalaba la de “*decretar a favor de ninguna persona o entidad gratificaciones, indemnizaciones, ni otra erogación que no esté destinada a satisfacer créditos o derechos reconocidos con arreglo a la ley preexistente, salvo lo dispuesto en el artículo 76, inciso 18*”⁷. Por lo anterior, resulta claro, primero, que la competencia de fomento no es de origen reciente, por el contrario, fue introducida hace varios lustros en nuestro sistema jurídico y, segundo, que desde la presentación original de la Constitución Política de 1886 existía una prohibición con un contenido similar al previsto en el artículo 355 de la Constitución Política de 1991.

Volviendo sobre la norma vigente, una primera lectura permite observar que la Asamblea Constituyente de 1991 adoptó en el artículo 355 una fórmula similar a la del artículo 78 de la Constitución Política de 1886 en cuanto a estructura, de tal suerte que fusionó en un solo artículo una prohibición que hizo extensiva a todas las Ramas del Poder Público y una excepción referida a la celebración de contratos del Gobierno con entidades sin ánimo de lucro y con arreglo a las demás exigencias allí previstas, que pareciera ser una figura llamada a reemplazar lo que otrora fue el fomento⁸ a empresa útiles y benéficas. A su vez, mantuvo en el artículo 136, la prohibición al Congreso, y a cada una de sus cámaras, de 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.

La finalidad de la prohibición original de la Constitución de 1886, replicada en el numeral 4 del artículo 136 de la Constitución Política de 1991, era evitar que los congresistas entregaran, con cargo al erario, ofrendas a los generales que resultaban victoriosos en guerras civiles⁹. Sin embargo, es de cuestionarse la eficacia de una prohibición al Congreso que se encuentra excepcionada en los eventos en los que exista una ley, que puede ser expedida

⁷ *Ibidem*.

⁸ La palabra fomento tiene diversas acepciones. Para el propósito de este capítulo, se hace referencia al mismo en los términos que lo usa la Constitución Política, esto es, como sinónimo de impulsar, incentivar y/o promocionar. No obstante, se precisa que, desde la perspectiva del Derecho Administrativo, el fomento tiene un contenido distinto, no porque sea incompatible con dicha acepción, que de hecho es el germen de la actividad, sino porque está dotada de varios ingredientes que amplían su significado.

⁹ TRUJILLO ALFARO, Jorge. *Presupuesto: una aproximación desde la planeación y el gasto público*. Bogotá D.C.: Universidad del Rosario, 2007, p. 51.

precisamente por el órgano que se pretende limitar con la restricción. A su turno, la prohibición contemplada en el artículo 355 es producto de una razón de ser distinta, que surge de la evolución de la mencionada competencia de fomento o promoción.

En este sentido, el Acto Legislativo 1 de 1945, reformativo de la Constitución Política de 1886, señaló el primer límite constitucional a la competencia del Congreso para fomentar las empresas útiles y benéficas dignas de estímulo y apoyo, al establecer que esta actividad debía ejercerse con “*estricta sujeción de los planes y programas correspondientes*”¹⁰. Esta reforma fue liderada por el entonces presidente liberal, Alfonso López Pumarejo, que buscaba la modernización del Estado colombiano en pro de su eficacia, y en especial el fortalecimiento del Congreso de la República que para la época amenazaba con gran desprestigio, principalmente porque se percibía la incompetencia y ausencia de técnica para la expedición de leyes¹¹. De allí que el principal cambio movido por la necesidad de tecnificar el Congreso fuera la reforma del proceso de formación de las leyes, la creación de comisiones especializadas y una mayor participación del ejecutivo. En punto de este espaldarazo al sistema presidencialista¹² y en el marco del recién incorporado principio de planeación¹³, se buscó someter tan amplia competencia del Congreso de la República a los planes y programas señalados.

En relación con la pretensión de sujeción a los planes y programas, en la práctica esta exigencia no pudo constituirse como un verdadero límite al poder del legislativo porque la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia acogió interpretaciones disímiles. En efecto, en un primer momento consideró que la actividad de fomento debía sujetarse a los planes de desarrollo, pero luego determinó que ante la ausencia de estos, no podía exigírsele al

¹⁰ El Acto Legislativo 1 de 1945, en su artículo 7, reformó las competencias del Congreso y el numeral 20 quedó así: “*Fomentar las empresas útiles o benéficas dignas de estímulo y apoyo, con estricta sujeción a los planes y programas correspondientes*”.

¹¹ PLATA URICOECHE, Fernando. *Necesidad de desarrollar la reforma de 1945*, p. 166 y 167. (en línea) Disponible en: <http://bdigital.unal.edu.co/18157/1/13906-40608-1-PB.pdf>. Consultado el 8 de agosto de 2018.

¹² En igual sentido, Valencia Villa calificó la reforma como “... *un complemento técnico del paquete ideológico de 1936 (...) una reforma de mediano alcance, orientada hacia la puesta al día de la organización administrativa en una perspectiva presidencialista*”. VALENCIA VILLA, Hernando. *Cartas de Batalla: una crítica del constitucionalismo colombiano*. Bogotá D.C.: Panamericana Editorial, 2010, p. 184-185.

¹³ FRANCO GONZÁLEZ, Humberto. “Evolución de la planeación del desarrollo colombiano”, en *Revista Universidad EAFIT*, No. 96. Universidad EAFIT, 1994, p. 3.

legislador dicha sujeción e incluso llegó a considerar que los planes y programas podían ser leyes específicas de fomento¹⁴, de tal suerte que “...con esa interpretación, el Congreso de la República expidió leyes con el único fin de “asimilar” auxilios parlamentarios a planes y programas. Dichas normas, en últimas, no eran verdaderos planes de desarrollo, sino simples enumeraciones de sectores de la actividad económica y social: educación, vivienda, salud, etcétera.”¹⁵

Posteriormente, el Acto Legislativo 1 de 1968, de marcado espíritu presidencialista y guiada por las ideas keynesianas de intervención del Estado en la economía¹⁶, produjo un fortalecimiento del ejecutivo en desmedro del legislativo, principalmente en lo relativo a la Hacienda Pública y la consecuente restricción de iniciativa al Congreso en materia económica, especialmente en gasto público, cuya titularidad fue cedida al Gobierno. En efecto, la reforma estableció, entre otras, que las leyes que decretaran inversiones públicas o privadas ordenaran participaciones en las rentas nacionales o transferencias de las mismas, crearan servicios a cargo de la Nación o los traspasen a ésta, decretaran exenciones de impuestos, contribuciones o tasas nacionales, solo podrían ser dictadas o reformadas a iniciativa del Gobierno. En contraprestación, se mantuvo en la esfera competencial de los congresistas la libre iniciativa en los proyectos de fomento de las empresas útiles o benéficas dignas de estímulo o apoyo, con estricta sujeción a los planes y programas correspondientes.

La razón de que se haya identificado el origen de la competencia de fomento de empresas útiles y benéficas en la reforma constitucional de 1968 es que, por entenderse la preservación

¹⁴ Ejemplo de ello es que mediante la ley 30 de 1978 el legislador definió lo que debía entenderse por plan y programa así: “un documento elaborado por profesionales, en el cual se describe, con apoyo en estadísticas y otros métodos científicos, un programa que tiende a satisfacer necesidades de la Nación, las entidades territoriales, las entidades descentralizadas, o de una persona jurídica privada sin ánimo de lucro; se señalan en forma cuantificada unos objetivos, y se identifican con precisión operativa los instrumentos para alcanzarlos; por Programa, el conjunto de actividades necesarias para lograr, en cierto lapso, el desarrollo del plan, y por proyectos los estudios indispensables para justificar y describir los objetivos del gasto contemplados como instrumentos del plan.” De esta manera, podían en la misma ley decretar gasto público destinado al fomento de empresas útiles y benéficas, que en la práctica podían ser casi todas, y adoptar un plan para justificarlo.

¹⁵ TRUJILLO ALFARO, Jorge. *Presupuesto ... Ob. cit.*, p. 53.

¹⁶ AMEZQUITA ZÁRATE, Pascual. “Aspectos económicos del Gobierno de Carlos Lleras Restrepo (Colombia, 1966-1970)”, en *Revista Civilizar de Empresa y Economía*, vol 1., n° 1. Universidad Sergio Arboleda, 2010, p. 7. Disponible en: <http://revistas.usergioarboleda.edu.co/index.php/ceye/article/download/51/49/>

de esta competencia como una forma de persuasión a los congresistas para lograr su aprobación a pesar de las limitaciones que les imponía en materia de gasto, se empezó a creer que el Congreso daba vía libre al Gobierno en materia presupuestal, pues su único interés se concretaba en los auxilios¹⁷. Además, el Acto Legislativo atribuyó a las Asambleas Departamentales una competencia similar a la del Congreso en los siguientes términos *“Fomentar, de acuerdo con planes y programas generales, las empresas, industrias y actividades convenientes al desarrollo cultural, social y económico del Departamento, y que no correspondan a la Nación o a los Municipios”*, lo que en la práctica significó una mayor cantidad de recursos públicos desprovistos de control efectivo.

El legislador, por su parte, desarrolló esta competencia en diversas leyes. Así, la Ley 25 de 1977 precisó el sujeto que podía ser promovido a través de la actividad de fomento y en concreto señaló que para efectos de la competencia otorgada en el numeral 20 del artículo 76, eran empresas útiles y benéficas aquellas de derecho público o derecho privado, sin ánimo de lucro, que se ajustaran a los planes y programas sectoriales vigentes, emprendidos, trazados o puestos en marcha por las administraciones nacionales, seccionales o locales y por los entes descentralizados o aquellas otras que el Congreso adoptara. La amplitud del concepto devino en que los receptores de los recursos públicos pudieran ser desde juntas de acción comunal, hasta fundaciones creadas con el único propósito de apropiarse del erario. A su vez, la ley autorizó al Congreso a hacer apropiaciones en los presupuestos de la Nación y de los establecimientos descentralizados, para programas de fomento regional y de empresas útiles y benéficas y finalmente señaló abundantes sectores en los que debían enmarcarse las empresas útiles y benéficas y las obras objeto de fomento.

¹⁷ Jaime Castro, uno de los candidatos a la Constituyente de 1991 por el liberalismo, señalaba que los auxilios parlamentarios eran la causa del desinterés del Congreso sobre el presupuesto. Al respecto, las noticias reseñaban *“Los auxilios parlamentarios han servido para que el Gobierno someta al Congreso a su voluntad, para que el Gobierno haga en materia presupuestal lo que quiere, para que el Congreso no ejerza sus funciones de control y vigilancia. Según Castro, la discusión del Congreso sobre el presupuesto de más ce (SIC) cinco billones de pesos no va más allá de asegurarse de que los 12 mil millones de pesos por concepto de auxilios estén seguros. Mientras tanto -agregó- el Gobierno consigue hacer aprobar un presupuesto sin que nadie le pregunte cuál es el origen de las rentas ni el destino de las apropiaciones...”* Redacción El Tiempo. *Auxilios parlamentarios, el Gobierno también tiene culpa: Castro*. El Tiempo. 25 de noviembre de 1990. Disponible en: <https://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-22943>

La Ley 30 de 1978, a su turno, asignó a los congresistas la labor de identificar dentro de la circunscripción electoral por la que fueron elegidos, las entidades y los proyectos merecedores de la ayuda financiera de la Nación e incluso entidades con domicilio fuera de su circunscripción si sus actividades benéficas se extendían a todo el país, y encargó el control de los recursos públicos entregados a personas jurídicas sin ánimo de lucro a la Contraloría, en sus distintos niveles. Así mismo, encargó el reparto de las apropiaciones respectivas a las Comisiones Cuartas Constitucionales Permanentes.

Si bien la fórmula funcionó en un principio, con el tiempo el sistema se degradó hasta convertirse en una fuente de corrupción que avalaba que los congresistas hicieran campaña con dinero del erario y posteriormente beneficiaran intereses particulares propios o de terceros¹⁸. Al cabo de unas décadas, el monto de los auxilios aumentó de forma exponencial¹⁹ y la Contraloría General de la República no estaba en capacidad de hacer un control eficaz sobre los mismos.

El medio más usado para defraudar el propósito loable del fomento fue la creación de un gran número de corporaciones y fundaciones privadas que resultaban beneficiarias del apoyo estatal. A tal punto que para 1991, se calculaba que de las partidas para fomento incluidas en el presupuesto general aprobado por el Congreso, un porcentaje superior al 90% se destinaba a persona jurídicas privadas.²⁰

Como fue documentado por los medios de comunicación²¹, la crisis de los auxilios parlamentarios cobró tal magnitud que la Asamblea Constituyente de 1991 y el Gobierno de

¹⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-372 de 1994. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

¹⁹ “En 1970 el monto de los auxilios fue de 183 millones de pesos, dentro de un presupuesto de gastos del nivel nacional, sector central, de más de dieciocho mil millones. En 1980, los auxilios sobrepasaron los mil trescientos millones de pesos, dentro de un presupuesto de doscientos mil millones de pesos. En 1985, los auxilios superaron los cuatro mil setecientos millones, dentro de un presupuesto de casi setecientos mil millones de pesos.” LEAL BUITRAGO, Francisco y DÁVILA LADRÓN, Andrés. *Clientelismo: El sistema político y su expresión regional*. Bogotá D.C.: Universidad de los Andes, 2010, p. 80.

²⁰ Proyecto de Acto Constituyente de Vigencia Inmediata. Citado en: Corte Constitucional. Sentencia C-372 de 1994. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

²¹ “El acuerdo logrado ayer entre la Asamblea y el Gobierno congela de inmediato todos estos recursos, y sus pagos solo se harán previo concepto favorable de la Procuraduría General de la Nación y de la Contraloría General de la República, si se cumplen los requisitos de ley y si se destinan a rubros de inversión directa.

la época se vieron obligados a llegar a un acuerdo para evitar la suspensión inmediata de los pagos, propuesta por Luis Guillermo Nieto Roa, y en su lugar, supeditar los pagos al concepto favorable de la Procuraduría General de la Nación y la Contraloría General de la República.

Para ese año, la cuantía de los auxilios parlamentarios decretados alcanzaba los veintisiete mil millones de pesos (\$342.057.499.581.17 pesos a valor actual) que eran repartidos entre los congresistas por las Comisiones de presupuesto del Senado y de la Cámara -lo cual devino en otra fuente de malas prácticas-, mientras que, en el nivel local, los diputados y concejales manejaban cifras de hasta cuarenta mil millones de pesos²². Fue así como una competencia que buscaba incentivar actividades que redundaran en el interés general se convirtió en una fuente de malversación de recursos públicos, no porque su propósito inicial no fuera virtuoso sino porque la cultura de la corrupción que ha acompañado al país a lo largo de su historia es capaz de defraudar los intereses más loables.

Lo anterior, derivó en una situación de rechazo generalizado de los auxilios parlamentarios e incluso se convirtió en una bandera de la Asamblea Constituyente²³. En efecto, los constituyentes tenían la responsabilidad de materializar en la Constitución Política el

Los auxilios fueron creados por el Congreso de la República en la reforma constitucional de 1968 con el criterio de fomentar las empresas útiles o benéficas dignas de estímulo o apoyo, con estricta sujeción a los planes y programas correspondientes. Así reza la norma constitucional.

Los objetivos de los auxilios constituyentes se cumplieron apenas por unos años, pero, a partir de 1977, la Ley 25 dispuso que estos podían canalizarse a través de distintos rubros, inclusive por intermedio de empresas privadas.

A partir de 1977, comenzaron a pulular las fundaciones y las corporaciones privadas para canalizar a través suyo estos recursos. Según un informe reciente de la Contraloría General de la República, en el país hay cerca de 15 mil entidades privadas que reciben recursos públicos” PEÑA, Eulfo. A revisión, pago de los auxilios parlamentarios. El Tiempo. 23 de mayo de 1991. (en línea) Disponible en: <https://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-87935>. Consultado el 10 de agosto de 2018.

Otros artículos periodísticos que reflejan el descontento y preocupación que abundaba en aquella época fueron “Auxilios parlamentarios: politiquería y clientelismo” en Vanguardia Liberal, 8 de noviembre de 1980, p. 3, “El auxiliómetro, \$150 millones a centros de estudios” y “el auxiliómetro ¿qué hacer para captar fondos públicos” en El Espectador, 20 de mayo de 1986, pp. 1-A y 12-A. Citados en: LEAL y DÁVILA. Ob. cit. p. 81.

²² Proyecto de Acto Constituyente de Vigencia Inmediata. Ob. cit.

²³ “La Asamblea Nacional Constituyente de 1991 quiso responder a una de las motivaciones principales de su convocatoria al proscribir de la gestión pública todo tipo de auxilios o donaciones en favor de organizaciones privadas y, en especial, al excluir toda posibilidad de que el Congreso de la República y los miembros de las cámaras legislativas otorgaran los denominados auxilios parlamentarios...” CHÁVEZ MARÍN, Augusto Ramón. *Los convenios...* Ob. cit.. p. 374 y 375.

consenso que existía en el pueblo sobre la necesidad de abolir la figura, y para ello se tomaron varias medidas.

En primer lugar, se adoptó una prohibición expresa de decretar auxilios y donaciones a personas naturales o jurídicas privadas, la cual, excediendo el clamor popular y quizá porque la corrupción genera la sensación de desconfianza sobre todas las instituciones del Estado, se extendió a todas las Ramas del Poder Público. Como segunda medida, y en aras de no sacrificar en su totalidad la actividad de fomento²⁴, se otorgó la posibilidad al Gobierno de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el Plan Nacional y los planes seccionales de desarrollo, siempre que medie un contrato con una entidad privada sin ánimo de lucro, es decir, se entendió el contrato como un medio de control eficaz de los recursos públicos entregados a particulares. Es de subrayar que era tal el grado de desconfianza en el legislador que no solo se trasladó la competencia de fomento al ejecutivo, sino que, como tercera medida, se excluyó de la órbita competencial del Congreso la posibilidad de desarrollar la regulación de esta modalidad contractual, y en su lugar se le asignó directamente al Gobierno la tarea de reglamentación, como se analizará más adelante. Por último, la prohibición incluida en la redacción original de la Constitución Política de 1886, se mantuvo en el numeral 4 del artículo 136, a cuyo tenor está prohibido al Congreso y a cada una de sus cámaras “*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*”.

²⁴ La inclusión de esta excepción constitucional no fue pacífica, al respecto uno de los constituyentes señaló: “*Por último, la Asamblea se empeñó en prohibir a las ramas y a los órganos del poder público decretar auxilios y donaciones en favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado. No obstante, y luego de un continuo forcejeo, a manera de excepción se aprobó un artículo de mi cosecha, el 355, para que, ayudadas por el fisco, instituciones de reconocida idoneidad puedan seguir desarrollando sus tareas humanitarias en beneficio de los sectores más desprotegidos de la sociedad. Para acceder a tales recursos oficiales las instituciones deben pasar los controles y filtros que la norma impone, con el fin de evitar eventuales abusos y corruptelas. De allí que se exige la celebración de un contrato previo de las entidades privadas con el Gobierno en cualquiera de los niveles nacional, departamental, distrital o municipal. Además, deberán acreditar que se trata de entidades sin ánimo de lucro, probar su idoneidad y que realizan programas y actividades de interés público en consonancia con el plan nacional y los planes seccionales de desarrollo. A la luz de esos términos de referencia, la norma citada autoriza al Gobierno para reglamentar la materia, en el entendimiento de que a esas solicitudes, cuando procedan, se les dará satisfacción con los recursos de los presupuestos nacional, departamental, distrital o municipal, según el caso*” PALACIO RUDAS, Alfonso. El Congreso en la Constitución de 1991. Bogotá D.C.: Tercer Mundo, 1992, p. 143. Citado en: Corte Constitucional. Sentencia C-372 de 1994. M. P. Vladimir Naranjo Mesa.

En suma, puede observarse que los hechos que precedieron la Asamblea Constituyente, y la correspondiente redacción del artículo 355 de la Constitución Política, justifican la percepción generalizada de la necesidad de limitar al Congreso y eliminar la posibilidad de otorgar auxilios, pero la fórmula adoptada por el constituyente resultó mucho más amplia que el espíritu que la inspiró, lo que deviene en diversas consecuencias que contrarían el modelo de Estado adoptado en 1991.

La razón es la marcada creencia de que cambiar las normas es cambiar la realidad, o que la eficacia de las normas se deriva automáticamente de su validez, mientras que, en términos de corrupción, la historia ha sentenciado que el problema es de prácticas, de ética y del inexistente sentido de pertenencia hacia la cosa pública²⁵. Prueba de ello es que pese a la existencia de la prohibición, guiada específicamente por la necesidad de abolir los auxilios parlamentarios, se han creado figuras que no son fuente natural de corrupción pero que han sido utilizadas de tal manera que se han asimilado a los mismos. Este es el caso de los cupos indicativos, cuyo gestor fue el entonces Ministro de Hacienda Juan Manuel Santos en el año 2011, y se tratan de apropiaciones presupuestales asignadas por el Gobierno a los congresistas para que sugieran inversión regional de acuerdo a planes y programas ya previstos en la ley²⁶. El propósito es plenamente compatible con la lógica de las

²⁵ Para un análisis general y sectorial de las causas y consecuencias, no solo jurídicas, de la corrupción. Ver: HENAO, Juan Carlos e ISAZA, Carolina. Corrupción en Colombia. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia, 2018.

²⁶ En la sentencia C-1168 de 2000, la Corte Constitucional realizó el examen de constitucionalidad de esta figura, y expresó que no se puede asimilar a los auxilios parlamentarios por cuanto los congresistas no tienen la facultad de disponer libremente de las apropiaciones, en concreto señaló “ 24- Ahora bien, los artículos acusados, y las asignaciones identificadas no establecen que exista una libre disposición de esos dineros por los congresistas o que los correspondientes proyectos de inversión deban ser asignados conforme a sus orientaciones. En efecto, las partidas señalan cuál debe ser la destinación de las inversiones, como pueden ser la construcción y mantenimiento de infraestructura de desarrollo regional, o la construcción de obras de desarrollo regional rural a nivel nacional, o la construcción, adecuación y puesta en funcionamiento de escenarios deportivos. Y, en todo caso, el estatuto orgánico del presupuesto regula el desarrollo de las mencionadas inversiones. Así, conforme al artículo 68 del decreto 111 de 1996, los proyectos que aspiran a ser financiados con esas partidas deben formularse y ser evaluados por una entidad del orden nacional que sea responsable del proyecto, con sujeción a la metodología general o específica que avale el Banco Nacional de Programas y Proyectos (BPIN), de conformidad con el sector al cual se refiera el proyecto. Igualmente, esa misma disposición establece que en los casos de cofinanciación, los proyectos podrán ser presentados por la “iniciativa directa de cualquier ciudadano, avalados por las entidades territoriales, ante los órganos cofinanciadores o a través de aquellas”. Esto significa que cualquier ciudadano, incluyendo obviamente a los eventuales candidatos a acceder a las corporaciones representativas, pueden presentar esos proyectos.”

circunscripciones electorales, pues los sufragantes esperan de sus elegidos que por ser cercanos a las problemáticas de cada región, atiendan las necesidades locales²⁷. Empero, lo que ha ocurrido en la práctica es que los parlamentarios deciden, bajo criterios ajenos al interés general, el alcalde ejecutor de la apropiación, los contratistas que deben ser favorecidos²⁸ y, además, han perdido independencia frente al ejecutivo²⁹. Esta figura nos transporta al mismo escenario de los auxilios parlamentarios, lo que nos lleva a concluir que el problema no es la existencia de figuras que materialicen la actividad benéfica del Estado, ni tampoco lo es la inversión regional, el quid de la cuestión es el eterno problema político y cultural del país: la corrupción.

Ahora bien, una vez expuestos y analizados los fundamentos históricos de la prohibición y de la habilitación excepcional contenida en el vigente artículo 355 de la Constitución Política, se pasa a estudiar la hermenéutica de esta norma en una interpretación apegada a su condición de regla.

2. La prohibición de decretar auxilios parlamentarios: ¿los contratos permitidos en el inciso segundo del artículo 355 como única excepción a la regla?

Habiendo superado el fundamento histórico que antecedió la creación del artículo 355 de la Constitución Política, es preciso centrarse en el contenido de este para procurar darle una interpretación que permita determinar el alcance, primero, de la prohibición a todas las Ramas del Poder Público, de decretar auxilios y donaciones a personas naturales y jurídicas privadas y, segundo, de la habilitación contractual al gobierno para impulsar programas y actividades de interés público, ambos según la naturaleza y en los términos estrictos de la

²⁷ De hecho, el artículo 133 de la Constitución Política señala que los elegidos son responsables políticamente frente a sus electores.

²⁸ “Una investigación de la Silla Vacía en 2014 demostró que hay casos de legisladores que compran y venden sus cupos indicativos o mermelada y, cuando los tienen, direccionan los contratos de esas inversiones a contratistas cercanos que les pagan una comisión por esa vuelta o les financian sus campañas”. La Silla Vacía. *El dulce poder: Así funciona la política en Colombia*.

²⁹ El exministro de Hacienda, Juan Carlos Restrepo, describe la problemática de esta figura pero además añade que el derecho presupuestal no autoriza los cupos indicativos y que se han convertido en una herramienta para obtener provecho político. RESTREPO, Juan Carlos. “Los cupos indicativos a la luz del derecho presupuestal”. *Ámbito jurídico*. 11 de junio de 2014. (en línea) Disponible en: <https://www.ambitojuridico.com/noticias/educacion-y-cultura/los-cupos-indicativos-la-luz-del-derecho-presupuestal>. Consultado el 11 de agosto de 2018.

disposición constitucional. En otros términos, se hará una primera aproximación a la prohibición de decretar auxilios y donaciones tal como quedó planteada en el artículo 355, esto es, una regla general con una única excepción.

Dentro de un ordenamiento jurídico conviven multiplicidad de normas disímiles, por ello en orden a determinar su forma de aplicación y su interacción es preciso indagar por la naturaleza jurídica de cada una de ellas. La teoría del derecho ha asumido esta labor y dentro de las clasificaciones propuestas se ubica aquella que diferencia las normas jurídicas entre reglas y principios. Si bien en un principio se entendía que los ordenamientos jurídicos estaban compuestos de reglas “...a partir de las investigaciones de Dworkin en el mundo anglosajón y de Alexy en el germánico, se suman los principios y la ponderación. De esta manera se ha impuesto la convicción de que junto a las reglas de estructura condicional hipotética existen los principios. Además, el reconocimiento de principios implica a su vez el reconocimiento de una nueva forma de aplicación del derecho: la ponderación...”³⁰

Son dos los aspectos fundamentales que implican la distinción entre reglas y principios, uno de ellos la estructura y otra de ellos su forma de aplicación. Así, la regla se presenta mediante una estructura condicional-hipotética³¹, de tal forma que existe un supuesto de hecho que, de presentarse, debe seguir una consecuencia jurídica. El método de aplicación es entonces la subsunción. Por su parte, los principios han sido definidos como mandatos de optimización³², que no persiguen irremediamente una consecuencia, sino que se trata del cumplimiento de la norma en la mayor medida posible, en atención a las condiciones fácticas y jurídicas presentes. A la par de esta categoría, se ha sumado la ponderación como nueva forma de aplicación del derecho.

Vista la estructura de la norma jurídica contenida en el artículo 355, no existe duda acerca de su carácter de regla, que en la lógica de supuesto de hecho-consecuencia resultaría: “Todo

³⁰ BERNAL PULIDO Carlos. *El derecho de los derechos*. Bogotá DC. Universidad Externado de Colombia. 2008, p. 96.

³¹ *Ibidem*, p. 95.

³² MARÍN HERNANDEZ Hugo Alberto. *Discrecionalidad Administrativa*. Bogotá D.C., Universidad externado de Colombia. 2007, p 66

auxilio o donación decretado por las ramas u órganos del Poder Público a favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado, está prohibido, salvo que el Gobierno, en los niveles nacional, departamental, distrital y municipal, con recursos de los respectivos presupuestos, celebre contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el Plan Nacional y los planes seccionales de Desarrollo, caso en el cual estará permitido”. Entonces su aplicación se debería realizar a través de un proceso de subsunción, de identificación del supuesto factico que encaja en la descripción hipotética. Para entender el alcance de la norma así planteada, es menester, en primer lugar, definir el concepto de auxilios y donaciones.

La donación es una figura que no encuentra definición en el ámbito del Derecho Público, de allí que sea necesario acudir al Código Civil para conocer su significado. En efecto, el artículo 1443 del mismo la define como *“un acto por el cual una persona transfiere, gratuita e irrevocablemente, una parte de sus bienes a otra persona que la acepta”*. De la norma podemos concluir que es un contrato que recae sobre bienes y el modo de adquirir el dominio del bien sería la tradición y ella exige la facultad e intención de transferir, y a su vez la facultad de transferir es de resorte exclusivo de quien ostenta el derecho de propiedad. De conformidad con esta definición, el contrato de donación nos transporta al problema de la titularidad de los bienes públicos, los cuales tradicionalmente³³ se han clasificado en dos categorías, a saber: los bienes de uso público y los bienes fiscales.

Los bienes de uso público detentan tres características: la imprescriptibilidad, inalienabilidad y la inembargabilidad³⁴. De allí que no sea posible la celebración de actos jurídicos que afecten el dominio de los mismos. Por su parte, los bienes fiscales *“comparten la misma titularidad estatal, pero no están al servicio libre de los asociados, sino destinados al uso*

³³ A pesar de que la jurisprudencia sigue acudiendo a esta clasificación dual, la comunidad científica del Derecho considera que es obsoleta. Al respecto, ver: PIMIENTO, Julián. “Reflexiones en torno a la división de los bienes públicos en el Código Civil”, en *Revista de Derecho Privado*, N° 21. Universidad Externado de Colombia, 2011, p. 207-232. (en línea) Disponible en: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/2988/2632>. Consultado el 28 de agosto de 2018.

³⁴ El artículo 63 de la Constitución Política señala “Los bienes de uso público, los parques naturales, las tierras comunales de grupos étnicos, las tierras de resguardo, el patrimonio arqueológico de la Nación y los demás bienes que determine la ley, son inalienables, imprescriptibles e inembargables.

*privado del Estado, para la realización de sus fines, por lo que la doctrina los ha denominado “bienes de dominio privado del Estado”, en tanto los administra como si fuera un particular; en consecuencia, el régimen jurídico aplicable es el del ordenamiento civil o comercial.”*³⁵

Se tiene entonces que sobre ambos tipos de bienes existe titularidad estatal, pero los actos jurídicos permitidos sobre unos y otros son diferentes. De este modo, podría concluirse que la prohibición de donar recae sobre los bienes fiscales, pues frente a ellos el Estado actúa de manera similar a un particular, pero con el ingrediente de que su uso debe estar guiado por el cumplimiento de los fines del Estado. Así, a la luz de la prohibición consagrada en el inciso primero del artículo 355, la realización de los fines del mismo no podría exigir la transferencia gratuita de un bien a un particular porque la donación estaría prohibida.

A su turno, la expresión “auxilio” es un concepto jurídico indeterminado³⁶, no existe una norma en el ordenamiento jurídico colombiano que otorgue significado a ese concepto como una categoría jurídica autónoma. El diccionario de la Real Academia Española la define como “*Ayuda, socorro, amparo*”, lo cual implicaría que ninguna Rama del Poder Público podría decretar ayuda, socorro o amparo a ninguna persona natural o jurídica de derecho privado. Esta afirmación devendría en la extinción del rol social del Estado y es por ello que, como se verá más adelante, la Corte Constitucional se ha visto avocada a darle un alcance a esta expresión para armonizarla con los demás postulados de la Constitución Política, pues al parecer fue escogida por el Constituyente sin la debida reflexión sobre las consecuencias que ella podría significar.

³⁵ Corte Constitucional. Sentencia T-314 de 2012. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

³⁶ “*La teoría de los conceptos jurídicos indeterminados comporta una sutil técnica de redacción y consecuente aplicación de las normas jurídicas frente a hipótesis específicas. Por regla general, las normas jurídicas se caracterizan por delimitar y definir de manera precisa, a través de los conceptos y términos utilizados, el ámbito de la realidad dentro de la cual están llamadas a operar, en lo que se conoce como el contenido inequívoco de la norma (...)opera una clara excepción frente a esta caracterización general de la estructuración normativa, en donde precisamente lo característico es el contenido indeterminado de los elementos descriptivos (conceptos, términos utilizados) de la norma, en cuanto conceptos de contornos difíciles de delimitar (no vagos, imprecisos o contradictorios), ante la ausencia en ellos, de contenidos materiales definitivos, concretos e inequívocos, haciendo de la esfera de realidad propuesta un ámbito fructífero de lo indefinido y abstracto (buena fe, premeditación, fuerza irresistible, incapacidad para el ejercicio de funciones, buen padre de familia, justo precio, interés público, bien común, fundamento importante, confiabilidad, necesidad, etc.)*”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 26 de julio de 2011, Rad: 25000-23-26-000-1997-03809-01(17661)

La ausencia de contraprestación directa implica que la donación o auxilio no tienen el efecto de poner en cabeza del donatario o auxiliado la obligación de cumplir una prestación de dar, hacer o no hacer a favor de su beneficiario como compensación de lo que ha recibido, es decir, no hay intercambio de prestaciones -surgimiento de obligaciones recíprocas-. En otros términos, por el mero de hecho de la donación o el auxilio no surge para el sujeto activo la facultad de exigir un comportamiento que le genere un beneficio inmediato, como podría ser la prestación de un servicio o la entrega de un bien. Por su parte, la mera liberalidad refiere al motivo que subyace a la donación o auxilio, que para el campo del derecho privado basta con que se concrete en el deseo de enriquecer o beneficiar al donatario o auxiliado porque en el marco de la autonomía de la voluntad los particulares ostentan la facultad de la libre disposición de sus bienes, incluso de manera gratuita y sin que se les exija un motivo distinto al deseo de realizarlo.

Finalmente, resulta imperioso preguntarse sobre las personas naturales o jurídicas de derecho privado, a cuyo favor no pueden decretarse auxilios o donaciones. El concepto de persona natural se encuentra en el artículo 74 del Código Civil, a cuyo tenor *“Son personas todos los individuos de la especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo, estirpe o condición.”* Y, por tanto, no son susceptibles de calificarse como privadas o públicas y no presenta mayor discusión. Por su parte, las personas jurídicas son una ficción en virtud de la cual se le otorga capacidad para contraer derechos y obligaciones a un ente distinto de una persona natural.

Las personas jurídicas pueden crearse al amparo de la legislación civil, como es el caso de las corporaciones y fundaciones o a la luz de la legislación comercial, como es el caso de las sociedades, y en todo caso, se entendería que su régimen es el del Derecho Privado, pero esto no siempre es así. Prueba ello es que las empresas de servicios públicos domiciliarios son definidas por el artículo 17 Ley 142 de 1994 como sociedades por acciones, figura propia del derecho comercial, y en efecto su régimen es prevalentemente derecho privado, pero se le aplican dosis de derecho público por tratarse de particulares que ejercen función administrativa.

Adicionalmente, existen personas jurídicas de Derecho Público, que son creadas o autorizadas por la ley, acuerdo u ordenanza dependiendo del nivel territorial, para el cumplimiento de funciones públicas, pero cuyo régimen no siempre es de Derecho Público, este es el caso, por ejemplo, de las empresas industriales y comerciales del Estado, que pese a tener naturaleza pública, estar constituidas por bienes públicos, se les aplican dosis de derecho público y dosis de derecho privado, v. gr., el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 dispone que *“Artículo 93. Régimen de los actos y contratos. Los actos que expidan las empresas industriales y comerciales del Estado para el desarrollo de su actividad propia, industrial o comercial o de gestión económica se sujetarán a las disposiciones del Derecho Privado. Los contratos que celebren para el cumplimiento de su objeto se sujetarán a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de las entidades estatales.”*

Lo anterior, demuestra la dificultad de determinar cuáles son las personas jurídicas de derecho privado a las que se refiere el artículo 355, sin embargo, podría pensarse que son aquellas creadas al amparo del derecho privado.

Ahora bien, agotado el primer inciso, según la lectura de la norma como regla pareciera que el constituyente entendiera que el inciso segundo es la única excepción a la prohibición, pues en la estructura de regla (atrás descrita) el supuesto de hecho principal es la prohibición y, enseguida, se establece un escenario particular en el cual esta no aplicaría, es decir, excepcionaría la prohibición (regla general). Por ello es necesario delimitar el ámbito de esta competencia, según la cual *“El Gobierno, en los niveles nacional, departamental, distrital y municipal podrá, con recursos de los respectivos presupuestos, celebrar contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el Plan Nacional y los planes seccionales de Desarrollo. El Gobierno Nacional reglamentará la materia.”*

Como puede observarse de la lectura de la norma, el constituyente de 1991 estableció ciertos requisitos para el uso de esta figura contractual, pero radicó en cabeza del Gobierno la facultad de reglamentar la materia, es por eso que el estudio de la misma debe realizarse en conjunto entre la disposición constitucional y los decretos pertinentes. Al respecto, es preciso

mencionar que el Gobierno ha expedido dos grandes reglamentaciones, la primera de ellas fue el Decreto 777 de 1992, modificado y adicionado en algunas disposiciones por los Decretos 1403 de 1992 y 2459 de 1993, y la segunda, el Decreto 92 de 2017, que empezó a regir el 1 de junio de 2017 y derogó los tres anteriores.

El primer requisito constitucional establece cuáles son los sujetos que pueden celebrar este tipo de contratos. Por parte del Estado, encontramos que la norma refiere al Gobierno nacional, departamental, distrital y municipal. Al respecto, podemos encontrar una definición de Gobierno Nacional en el inciso segundo del artículo 115 de la Constitución Política, a cuyo tenor “...*El Gobierno Nacional está formado por el Presidente de la República, los ministros del despacho y los directores de departamentos administrativos. El Presidente y el Ministro o Director de Departamento correspondientes, en cada negocio particular, constituyen el Gobierno.*”; a su turno, los conceptos de gobierno departamental, distrital y municipal, no encuentran una definición legal o constitucional que permita determinar cuáles son los organismos o entidades que los componen y que, en consecuencia, están autorizados para contratar. Por lo anterior, en orden a dilucidar los sujetos autorizados es menester acudir a la reglamentación. El Decreto 777 de 1992 precisó que no se trata de los Gobiernos en los distintos niveles territoriales sino de la Nación³⁷, los Departamentos, los Distritos y los Municipios. En ese orden de ideas, y sobre la base de que la Constitución Política utiliza la expresión Gobierno en el artículo 355 lo hace para referirse al Poder Ejecutivo³⁸, y bajo lo dispuesto por el Decreto 777, podría entenderse que, a nivel nacional, los organismos autorizados para contratar serían los pertenecientes al sector central de la Rama Ejecutiva del Poder Público, pues son ellos los que detentan o ejercitan la personería jurídica de la Nación, esto es los organismos señalados en el numeral 1 del artículo 38 de la Ley 489 de 1998. No obstante, el Decreto 1403 de 1992 incluyó de manera expresa a los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta

³⁷ La Ley 153 de 1887, en su artículo 80, determina que la nación, los departamentos y los municipios son personas jurídicas.

³⁸ La división de poderes acogida por nuestro orden constitucional es aquella que diferencia entre el Poder Judicial, el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo. En un gobierno presidencialista como el nuestro, en el que el Presidente de la República es Jefe de Estado, Jefe de Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa, no es extraño que la referencia a Gobierno se identifique con el Poder Ejecutivo, en cabeza del Presidente de la República. Además, atendiendo al propósito del Constituyente que estaba guiada por la extrema desconfianza en el Poder Legislativo, es claro que se pretende trasladar la competencia a otra Rama del Poder.

sujetas al régimen de aquellas empresas, ya sean del nivel nacional o territorial, que pertenecen al sector descentralizado, y con ello se refuerza la idea de que en principio Nación debe entenderse como los organismos del sector central, pues de no ser así, no se explicaría la necesidad de incluir de manera expresa a entidades del sector descentralizado, que cuentan con personaría jurídica distinta de aquella de la nación.

Por su parte, el Decreto 092 de 2017 se refirió a las “*entidades estatales del Gobierno nacional, departamental, distrital y municipal*” dejando en cabeza de Colombia Compra Eficiente (en adelante CCE) la tarea de definir lo que debía entenderse por entidad estatal. Pues bien, la guía expedida por CCE³⁹ definió a la entidad estatal como: “*Los ministerios, departamentos administrativos, y demás instituciones que hacen parte del gobierno nacional, los departamentos, el distrito capital, los distritos y municipios, las demás entidades territoriales creadas por la ley que hacen parte de los gobiernos departamentales, distritales y municipales.*” Esta nueva definición no aporta claridad sobre el tema, en primer lugar, menciona dos organismos del sector central de la Rama Ejecutiva, que coinciden con el artículo 115 de la Constitución Política, pero añade a “*las demás instituciones que hacen parte del gobierno nacional*”, luego, seguimos sin poder determinar si se trata de todas las entidades estatales que componen la Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional, sin atender el sector, o si se trata solo de aquellas que hacen parte del sector central o si incluso solo se refiere al presidente, los ministerios y departamentos administrativos por entenderse estos como gobierno.

Con relación a los gobiernos de los niveles restantes, es evidente la falta de técnica al señalar que además de los departamentos, distritos y municipios, son entidades estatales para efectos de la aplicación del Decreto 092 las demás entidades territoriales creadas por la ley que hacen parte de los gobiernos departamentales, distritales y municipales. La categoría de entidad territorial es de la mayor importancia en la división político - administrativa del Estado y el artículo 286 de la Constitución Política señala que “*Son entidades territoriales los departamentos, los distritos, los municipios y los territorios indígenas. La ley podrá darles*

³⁹ Agencia Nacional de Contratación Pública- Colombia Compra Eficiente. Guía para la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad. Disponible en: https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documents/cce_guia_esal.pdf

el carácter de entidades territoriales a las regiones y provincias que se constituyan en los términos de la Constitución y de la ley.”, luego no podría el legislador crear una entidad territorial que haga parte de un gobierno departamental, municipal porque no harían parte de, sino serían por definición el gobierno. Podría entenderse también que la guía hacía referencia a las entidades del nivel territorial creadas por el legislador, lo cual también iría en contravía del ordenamiento jurídico colombiano porque las entidades territoriales gozan de autonomía y una de sus manifestaciones es poder definir la estructura de su administración, es por ello que el artículo 313 numeral 6 de la Constitución Política señala que corresponde al Concejo *“determinar la estructura de la administración municipal y las funciones de sus dependencias; las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos; crear, a iniciativa del alcalde, establecimientos públicos y empresas industriales o comerciales y autorizar la constitución de sociedades de economía mixta”*, y en el artículo 300 numeral 7 asigna a las Asambleas Departamentales la misma competencia para su respectivo nivel.

Se tiene entonces que bajo la actual reglamentación sigue existiendo un vacío y no es posible determinar con su sola lectura cuáles son las entidades estatales autorizadas para contratar. Por ello, se requiere acudir a otras fuentes del derecho. Pues bien, sobre el significado de Gobierno, la Corte Constitucional ha sentenciado que:

“...del artículo 114 puede inferirse que el Gobierno es la cabeza de la Rama Ejecutiva y está conformado de manera general por el Presidente de la República, los ministros del despacho y los directores de departamentos administrativos; no obstante, para “cada negocio particular”, el Presidente y el Ministro o Director de Departamento correspondientes constituyen el Gobierno. De esta manera, puede afirmarse que el Gobierno forma parte de la Rama Ejecutiva, como su cabeza, pero que no toda la Rama Ejecutiva conforma el Gobierno. El concepto de “Gobierno” y su distinción frente a las nociones de “Rama Ejecutiva” o de “Administración Pública” obedece a la índole política de la función propiamente gubernamental; en esta esfera de funciones, el Gobierno ejerce la dirección u orientación de toda la Rama Ejecutiva o de la Administración Pública, es decir, traza los rumbos y las metas

hacia los cuales debe dirigirse su actividad. En cambio, las funciones no gubernamentales sino simplemente ejecutivas o administrativas carecen de este acento político. Así por ejemplo, las funciones presidenciales de inspección y control son funciones de naturaleza administrativa, ya que por no involucrar el señalamiento de políticas, no corresponden a actos de gobierno. Ahora bien, tal diferencia funcional repercute en la estructura orgánica estatal y determina la precisión constitucional que marca la distinción entre Gobierno y Rama Ejecutiva o Administración.”⁴⁰

De esta interpretación se concluye que no es posible asimilar el concepto de Gobierno al de Rama Ejecutiva, por cuanto el primero tiene una función de dirección predominantemente política. Ahora bien, el artículo 39 de la Ley 489 de 1998 señala que la Presidencia de la República, los ministerios y los departamentos administrativos, en lo nacional, son los organismos principales de la Administración y las gobernaciones, las alcaldías, las secretarías de despacho y los departamentos administrativos son los organismos principales de la Administración en el correspondiente nivel territorial. El término “principal” podría coincidir con esta característica política que le asigna al concepto del Gobierno, pues serían ellos los que direccionarían sus respectivas entidades.

De lo anterior, se colige que debido a la falta de técnica de la reglamentación, para elegir una interpretación armónica con el ordenamiento jurídico se debería entender que las entidades autorizadas para contratar son los principales organismos del nivel nacional y de los demás niveles territoriales que detentan el poder ejecutivo y tracen la dirección que debe seguir la rama ejecutiva y, en ese orden de ideas, podría acogerse el artículo 39 de la Ley 489 de 1998 para decir que son los mencionados allí los autorizados para contratar bajo el esquema habilitado en el inciso segundo del artículo 355 de la Constitución Política, es decir: la Presidencia de la República, los ministerios y los departamentos administrativos, como integrantes del Gobierno en el nivel nacional, y las gobernaciones, las alcaldías, las secretarías de despacho y los departamentos administrativo como organismos de Gobierno de los distintos niveles territoriales.

⁴⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-736 de 2007. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

En relación con la contraparte contractual, se exige que su naturaleza jurídica sea la de entidad privada sin ánimo de lucro (en adelante ESAL) lo cual no hace referencia a la imposibilidad de la búsqueda de utilidades sino a la destinación que se asigne a las mismas⁴¹, y además, que sea de reconocida idoneidad. Frente a la calidad exigida, han sido los Decretos los que han definido su alcance. Así, al amparo del Decreto 1403 de 1992, modificatorio de la primera reglamentación expedida en relación con la modalidad contractual prevista en el artículo 355 constitucional, esto es, el Decreto 777 del mismo año, se entendía como la experiencia con resultados satisfactorios que acreditaran la capacidad técnica y administrativa de la entidad contratista sin ánimo de lucro para realizar el objeto del contrato. A su turno, bajo el Decreto 092 de 2017, se entiende presente cuando la entidad es adecuada y apropiada para desarrollar las actividades objeto del contrato y cuenta con experiencia en el mismo, de tal manera que esta exigencia se explica en la práctica explicada en los antecedentes de la norma, que consistía en la creación de un sinnúmero de corporaciones y fundaciones con el solo objeto de ser los beneficiarios de la actividad de fomento.

El segundo requisito de la excepción prevista en el art-. 355 delimita el objeto del contrato, el cual se circunscribe a impulsar programas y actividades de interés público acordes con el Plan Nacional y los Planes Seccionales de Desarrollo

A lo previsto por el artículo 355, se impuso un límite en el artículo 2 del Decreto 092 de 2017, a cuyo tenor el único objetivo puede ser promover los derechos de personas en situación de debilidad manifiesta o indefensión, los derechos de minorías, el derecho a la educación, derecho a la paz, las manifestaciones artísticas, culturales, deportivas y de promoción de la diversidad étnica colombiana. Es de resaltar la intención del Gobierno de limitar las infinitas actividades que pueden ser de interés público, sin embargo, es de extrañar que no fueran incluidas las referentes a la conservación del medio ambiente. E incluso podría pensarse que el Gobierno excedió sus facultades al establecer un marco de acción limitado al

⁴¹ Consejo de Estado. Sección Cuarta. Radicado no. 1444. Sentencia del 6 de febrero de 1987. C.P. Policarpo Castillo Dávila.

objeto contractual previsto por el Constituyente, lo cual nos trasladaría a la discusión de los límites de los reglamentos autónomos o constitucionales.

Adicionalmente, como tercer requisito, se exige que los programas de interés público que se pretendan impulsar estén acordes con el Plan Nacional y los Planes Seccionales de Desarrollo, esto significa, que es requisito *sine qua non* la existencia previa de una ley que apruebe el Plan Nacional de Desarrollo e Inversiones elaborado por el gobierno, pues es precisamente a éste al que debe sujetarse el objeto del contrato si lo suscribe un órgano del nivel nacional, o un acuerdo u ordenanza que apruebe los Planes de Desarrollo Territorial, en tratándose de los niveles locales.

Para finalizar el análisis de los requisitos constitucionales, es imperativo hacer mención a la expresión “con recursos de los respectivos presupuestos” al que se refiere el art. 355. Al respecto, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado ha conceptualizado en posiciones diametralmente opuestas. En el año 2008⁴², concluyó que se podían realizar aportes mutuos de cualquier naturaleza, v. gr. dinero, instalaciones, personal o experiencia, para fomentar programas o actividades de interés general porque la visión del constituyente al crear la figura era la de unir fuerzas públicas y privadas para lograr un mismo propósito. No obstante, en el año 2009⁴³, en razón de que la norma hace referencia a los respectivos presupuestos, la misma Sala de Consulta y Servicio Civil de la Corporación, consideró que estaban excluidos de la norma todos aquellos recursos que no fueran dinerarios porque “*a éstos corresponden las fuentes de ingresos relacionadas en la ley orgánica del presupuesto cuando desarrolla las normas constitucionales referentes al presupuesto de rentas*”⁴⁴. Por lo anterior, según esa posición, quedarían excluidos de los recursos públicos que se pueden destinar a estos contratos, los bienes inmuebles y, en general, todo bien distinto al dinero porque si bien hacen parte del activo del patrimonio público, no integran el presupuesto.

⁴² Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 25 de diciembre del 2008. Radicado no. 1911. C.P. Enrique José Arboleda Perdomo.

⁴³ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 3 de septiembre de 2009. Radicado 11001-03-06-000-2009-00039-00(1957). C.P. Enrique José Arboleda Perdomo.

⁴⁴ Departamento Nacional de Planeación. Concepto 20108010647581 del 15 de septiembre de 2010.

Con fundamento en el efecto útil de la norma⁴⁵, acogemos la posición según la cual los aportes que pueden hacer tanto las entidades públicas como las entidades privadas pueden ser de cualquier naturaleza; ya se mencionó el antecedente de la norma constitucional, pues bien si lo que se quería era evitar la entrega de recursos por mera liberalidad, no se entiende cual sería el fundamento de restringir los aportes de la entidad pública a los recursos dinerarios sin tener en cuenta que, en el caso concreto, otros recursos públicos podrían acoplarse más a la consecución del fin de interés general perseguido por el programa que se pretende impulsar.

Ahora bien, respecto de las exigencias agregadas por las reglamentaciones es preciso realizar varias observaciones. En primer lugar, el Decreto 777 de 1992 excluía de su ámbito de aplicación los contratos que las entidades públicas celebraran con personas privadas sin ánimo de lucro, cuando los mismos implicaran una contraprestación directa a favor de la entidad pública, y que en razón de ellos pudieran celebrarse con personas naturales o jurídicas privadas con ánimo de lucro. Por su parte, el Decreto 092 de 2017 autoriza la celebración del contrato siempre *“que el contrato no comporte una relación conmutativa en el cual haya una contraprestación directa a favor de la Entidad Estatal, ni instrucciones precisas dadas por esta al contratista para cumplir con el objeto del contrato”*.

En cuanto a la contraprestación directa, la dificultad de interpretación se presenta porque no existe norma jurídica que defina cuándo se entiende que la entidad pública está recibiendo una contraprestación directa, por lo tanto, ha sido el Consejo de Estado quien ha interpretado la expresión; en efecto, al declarar la constitucionalidad del inciso 1º del artículo 2º del Decreto 777 de 1992⁴⁶, sostuvo que para que no se configure la existencia de contraprestación directa, la conducta de parte del contratista no puede dirigirse directamente en beneficio de la entidad contratante sino a la comunidad, es decir, que la entidad no reciba un bien ni se

⁴⁵ Principio hermenéutico, que posibilita una interpretación sistemática de las normas constitucionales, según el cual se deben preferir aquellas interpretaciones que confieran una eficacia normativa específica a las distintas expresiones de la Constitución Política. Corte Constitucional, sentencia C-600A de 1995.

⁴⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 26 de febrero de 1993. Radicado no. 2073. C.P. Yesid Rojas Serrano.

libere de una obligación⁴⁷, o mejor, que la entidad no reciba beneficio que no necesariamente debe ser económico y puede consistir en una retribución en servicios o estudios (diseños, informes, etc.) ni que la obligación a cargo de la entidad quede relegada en la entidad privada, porque se debe aclarar que de darse dicha ejecución no se estaría liberando a la entidad estatal de la obligación institucional porque ésta seguirá siempre en cabeza suya.

Frente al proceso de formación de este tipo de contratos, el Decreto 777 de 1992 lo sujetaba a los requisitos y formalidades que exige la ley para la contratación entre los particulares, sin perjuicio de que pudieran incluirse cláusulas exorbitantes. Se desprendía de la norma que pese a los cuestionamientos sobre la igualdad entre las entidades sin ánimo de lucro que podría verse afectada⁴⁸, la forma de contratar era la contratación directa, sin mayor exigencia en su proceso de formación. En este particular, el Decreto 092 de 2017 introdujo grandes cambios porque le impuso a la entidad estatal la obligación⁴⁹ de realizar un estudio de mercado para verificar que no exista oferta de los bienes, obras y servicios necesarios para la estrategia y política del Plan de desarrollo objeto del contrato, distinta de la oferta que hacen las entidades privadas sin ánimo de lucro, porque de existir solo podrá optarse por este tipo de contratación cuando la entidad estatal identifique que esta opción representa la optimización de los recursos públicos en términos de eficiencia, eficacia, economía y manejo del riesgo.

Si bien esta exigencia pretende evitar que esta modalidad contractual sea utilizada para defraudar el régimen general de contratación, no es claro cómo existiendo pluralidad de oferentes potenciales, entre los que se encuentran las ESAL, puede la entidad estatal definir *a priori* cuál grupo de oferentes sería el más conveniente. En otras palabras, ¿bajo qué

⁴⁷ CÁRDENAS MEJIA, Juan Pablo. Comentarios al nuevo Régimen de Contratación Administrativa. Ediciones Rosaristas. Segunda Edición 1995. Págs. 294,295.

⁴⁸ El Consejo de Estado determinó que la medida era compatible con la igualdad que se predica del Estado Social de Derecho. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 26 de febrero de 1993. Radicado no. 2073. C.P. Yesid Rojas Serrano.

⁴⁹ En concreto, el literal c del artículo 2 del Decreto 092 de 2017 incluye como una de las exigencias “*Que no exista oferta en el mercado de los bienes, obras y servicios requeridos para la estrategia y política del plan de desarrollo objeto de la contratación, distinta de la oferta que hacen las entidades privadas sin ánimo de lucro; o que, si existe, la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro represente la optimización de los recursos públicos en términos de eficiencia, eficacia, economía y manejo del Riesgo. En los demás eventos, la Entidad Estatal deberá aplicar la Ley 80 de 1993, sus modificaciones y reglamentos.*”

parámetros la entidad estatal puede llegar a la conclusión de que contratar con una ESAL es más óptimo, sin conocer las ofertas que harían los demás actores del mercado? Se evidencia el ánimo de imponer a la entidad un arduo trabajo de argumentación para justificar la elección de esta modalidad contractual, pero en la práctica puede resultar una obligación de difícil cumplimiento que redunde en una justificación que se agote en la teoría.

No puede perderse de vista la razón de ser⁵⁰ de esta figura. No se trata de que la entidad estatal busque cumplir una meta del Plan de Desarrollo respectivo, porque de entrada esto significaría una contraprestación directa para ella⁵¹, el objetivo es, como lo ha dicho la jurisprudencia⁵², apoyar la acción de organizaciones de origen privado, que teniendo múltiples opciones para dirigir su actuar, buscan la satisfacción de finalidades acordes con el interés general y que coinciden con los programas previstos en los planes de desarrollo respectivos. Así pues, los contratos a que se refiere la disposición constitucional son aquellos por los cuales el Estado entrega recursos a un ente sin ánimo de lucro para que el mismo pueda adelantar sus propios programas, no se trata de que la entidad requiera bienes, obras o servicios. Lo anterior significa que *“los programas a que se refiere la norma no son los programas del Estado sino los programas del ente privado, porque si fueran los del Estado se trataría no simplemente de impulsar un programa sino de ejecutarlo, y de otra parte no se requeriría que fuera acorde, esto es, que guardara armonía con el plan, aunque no esté*

⁵⁰Al respecto, uno de los constituyentes recordó: *“La asamblea se empeñó en prohibir a las ramas y a los órganos del poder público decretar auxilios y donaciones a favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado. No obstante, y luego de un continuo forcejeo, a manera de excepción se aprobó un artículo de mi cosecha, el 355, para que, ayudadas por el fisco instituciones de reconocida idoneidad puedan seguir desarrollando sus tareas humanitarias en beneficio de los sectores más desprotegidos de la sociedad. Para acceder a tales recursos oficiales las instituciones deben pasar los controles y filtros que la norma impone, con el fin de evitar eventuales abusos y corruptelas. De allí que se exige la celebración de un contrato previo de las entidades privadas con el Gobierno en cualquiera de los niveles nacional, departamental, distrital o municipal. Además, deberán acreditar que se trata de entidades sin ánimo de lucro, probar su idoneidad y que realizan programas y actividades de interés público en consonancia con el plan nacional y los planes seccionales de desarrollo. A la luz de esos términos de referencia, la norma citada autoriza al Gobierno para reglamentar la materia, en el entendimiento de que a esas solicitudes, cuando procedan, se les dará satisfacción con los recursos de los presupuestos nacional, departamental, distrital o municipal, según el caso”*. Cfr. Palacio Rudas, Alfonso. *El Congreso en la Constitución de 1991... Ob. cit.*, p. 143.

⁵¹ Como lo indica el Consejo de Estado en el concepto 2319 del 30 de mayo de 2017, el cumplimiento de una meta del plan de desarrollo respectivo es una contraprestación directa para la entidad pues, aunque redundante en el interés general, libera de una obligación. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 30 de mayo de 2017. Rad. No. 2319. M. P. Edgar González López

⁵² Corte Constitucional. Sentencia C-712 de 2001. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

incluido en el mismo, sino que debería estar comprendido”⁵³, es decir, es la entidad pública impulsando un plan propio de una entidad privada y no al revés; consideración que nos servirá para entender la diferencia que más adelante se establecerá con otro la modalidad contemplada en la ley 489 de 1998.

No obstante, bajo la nueva regulación, se podría concluir que la contratación referida se ha entendido como un nuevo instrumento de política pública, en virtud del cual la entidad estatal requiere bienes, obras o servicios para ejecutar un programa del Plan Nacional o Seccional de Desarrollo, realiza un proceso competitivo teórico entre las sociedades comerciales y las ESAL, y una vez concluye que las últimas son más óptimas, define unas pautas para que las entidades sin ánimo de lucro compitan.

Otra innovación introducida por el Decreto 092 de 2017 es la inclusión de un proceso competitivo entre las entidades sin ánimo de lucro de reconocida idoneidad que pretendan ejecutar el programa, con la excepción de las actividades artísticas, culturales, deportivas y de promoción de diversidad étnica colombiana, que solo pueden desarrollar determinadas personas naturales⁵⁴ o jurídicas. Al respecto, la doctrina ha considerado que la razón de ser de esta excepción es la existencia de algunas entidades sin ánimo de lucro que han realizado determinadas actividades con periodicidad y alto reconocimiento social y, por tanto, merecen ser acreedoras de la contratación directa⁵⁵.

Frente al nuevo proceso competitivo, es menester señalar que no se hizo una remisión expresa a los procesos de selección contemplados en la Ley 80 de 1993, empero, la entidad estatal debe cumplir con los principios de la contratación estatal, estos es, los contemplados en el

⁵³ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 24 de febrero de 2005. Radicado no. 1626. C.P. Gloria Duque Hernández.

⁵⁴ La competencia para reglamentar directamente la Constitución Política no implica que el Gobierno esté sujeto únicamente a su propia autonomía, por el contrario, le impone un estricto cumplimiento de las pautas prevista en la Carta para ejercer la atribución constitucional. De allí que la expresión “*personas naturales*” configura una violación directa a los presupuestos que la Constitución estableció, por cuanto se dispuso que la contraparte contractual del Gobierno, en sus distintos niveles, sería una persona jurídica.

⁵⁵ Como ejemplos de aquellas se han señalado: la Fundación Hay Festival de Colombia para la realización del evento Cartagena Hay Festival o la Corporación Festival Iberoamericano de Teatro de Bogotá que tiene a su cargo la ejecución del Festival Iberoamericano de Teatro de Bogotá. ORTIZ CASTRO, Ivon Maritza. *Régimen especial de los contratos celebrados con fundamento en el inciso segundo del artículo 355 constitucional*. Tesis de Maestría. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2017.

artículo 209 de la Constitución Política para la función administrativa y los demás previstos en el artículo 23 de la Ley 80. La pretensión principal entonces es que se garantice la selección objetiva y para ello se incluyeron tres etapas, a saber: 1) la publicación por parte de los indicadores idoneidad, experiencia, eficacia, eficiencia, economía y de manejo del Riesgo y los criterios de ponderación para comparar las ofertas, 2) la recepción de las ofertas y 3) la evaluación de las ofertas. Con relación a este proceso, la entidad estatal sigue teniendo un amplio margen de acción para su estructuración, pero en todo lo no regulado deberá someterse a las normas generales aplicables a la contratación pública. Podría pensarse entonces que todo lo referente a la etapa posterior al proceso competitivo debe regirse por la Ley 80 de 1993, por ejemplo, las normas referentes a la forma, contenido, perfeccionamiento, liquidación y nulidad del contrato, la responsabilidad contractual, entre otras.

Finalmente, el Decreto 092 de 2017 determinó que los contratos regulados están sometidos al régimen de inhabilidades e incompatibilidades establecidos en la Constitución y en las Leyes 80 de 1993, 1150 de 2007 y 1474 de 2011, sujetó la contratación a los principios de la contratación estatal y a las normas presupuestales, y en consecuencia, ordenó la publicación de todos los documentos del proceso en el Sistema Electrónico de Contratación Pública (SECOP) y obligó a las ESAL a registrarse en el mismo. Así mismo, exigió la autorización expresa del representante legal de la entidad para cada contrato en particular que se pretenda celebrar bajo esta modalidad.

Para concluir el estudio sucinto del esquema habilitado por el inciso segundo del artículo 355, es necesario diferenciar los contratos a los que se refiere este artículo 355 y las convenciones de asociación creados en virtud del artículo 96 de la ley 489 de 1998. Esta diferenciación cobra gran relevancia porque la ley 489 de 1998 prevé que los convenios de asociación se celebrarán de conformidad con lo dispuesto en el referido artículo 355, el cual solo se refiere a los contratos realizados por el Gobierno con las entidades sin ánimo de lucro. Esta remisión ha generado en las entidades estatales grandes confusiones acerca del uso de

cada una de las figuras, a tal punto que se sigue preguntando si existe realmente una diferencia entre una y otra⁵⁶.

Lo primero que se debe resaltar es que las entidades autorizadas para contratar bajo cada tipo contractual son diferentes: de acuerdo con la guía expedida por Colombia Compra Eficiente⁵⁷, pueden contratar bajo la figura creada por el inciso segundo del artículo 355, los ministerios, departamentos administrativos, y demás instituciones que hacen parte del gobierno nacional, los departamentos, el distrito capital, los distritos y municipios, y las demás entidades territoriales creadas o autorizadas por la ley, acuerdo u ordenanza, que hacen parte de los gobiernos departamentales, distritales y municipales, lo cual genera una discusión que fue presentada anteriormente; a su turno, en virtud del artículo 96 de la Ley 489 de 1998, todas las entidades estatales, cualquiera que sea su naturaleza y orden administrativo, pueden celebrar convenios de asociación o crear personas jurídicas para los fines previstos en la norma.

Ahora bien, la asociación con personas jurídicas particulares prevista en la Ley 489 de 1998 tiene por objeto el desarrollo conjunto de actividades en relación con los cometidos y funciones que les asigna la ley a las entidades estatales, para lo cual pueden celebrar convenios de asociación o crear una persona jurídica mixta para el cumplimiento de tales actividades propias de las entidades públicas; *contrario sensu*, el inciso segundo del artículo 355 contempla una figura jurídica que no prevé la posibilidad de la creación de una persona jurídica ni circunscribe el objeto contractual a actividades propias de la entidad pública.

En punto de la remisión efectuada por la ley, la Corte Constitucional⁵⁸ hizo un pronunciamiento que desdibujó la singularidad de los convenios de asociación. En efecto,

⁵⁶ Recientemente fue elevada una consulta al Consejo de Estado sobre los contratos previstos en el inciso segundo del artículo 355 de la Constitución Política, en la que el Ministro del Interior pregunta si los convenios de asociación creados por el legislador y los contratos de apoyo creados por el constituyente son la misma figura. Ver: Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 30 de mayo de 2017. Rad. No. 2319. M. P. Edgar González López

⁵⁷ Agencia Nacional de Contratación Pública- Colombia Compra Eficiente. Guía para la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad. Disponible en: https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cee_public/files/cee_documents/cee_guia_esal.pdf

⁵⁸ En esta ocasión, fueron demandas múltiples disposiciones constitucionales, entre las cuales se encontraba el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 porque el actor consideraba que “*si bien es verdad que el artículo 210 de la*

consideró que la finalidad de la remisión era, en primer lugar, evitar que se utilizaran los convenios de asociación como instrumentos para burlar la prohibición de decretar auxilios o donaciones a particulares y, en segundo lugar, imponer la celebración de contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el Plan Nacional y los Planes Seccionales de Desarrollo.

Esta conclusión resulta problemática porque es manifiestamente contraria a la ley 489 de 1998 en dos aspectos, primero, al referirse a las entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad cambió la naturaleza jurídica del sujeto que puede formar un convenio con la entidad estatal, en contradicción con el artículo 96 que señala expresamente que la entidad puede asociarse con personas jurídicas particulares y, segundo, modificó el objeto del convenio, toda vez que el propósito de permitir la asociación de las entidades estatales con personas jurídicas particulares era permitir el desarrollo conjunto de actividades propias del espectro de funciones que aquellas tienen a su cargo y no el impulso de actividad de interés general acordes con los planes de desarrollo.

En los términos expuestos por el tribunal constitucional, no existiría diferencia entre los convenios de asociación y los contratos de apoyo distinta de la entidad estatal autorizada para contratar y, además, se llegaría a la consecuencia lógica de que el decreto que regule la contratación prevista en el artículo 355 debe aplicarse a los convenios de asociación porque su objeto era idéntico⁵⁹.

Constitución permite a los particulares el cumplimiento de funciones administrativas "en las condiciones que señala la ley", éstas han de ser entendidas en el sentido de que tales funciones se realicen "bajo la dirección, coordinación y control del Estado como sucede por expreso mandato constitucional con la educación (artículo 68), la seguridad social (artículo 48), la salud (artículo 49) y otros servicios públicos (artículo 365), lo que significa, según el actor que no pueden crearse ni autorizarse por la ley la creación de personas jurídicas de derecho privado como "instituciones con fines sociales" con la participación de "organismos públicos", que, sin embargo, se rijan por el derecho privado en lo atinente a su "dirección, administración y contratación", como acontece en este caso según lo dispuesto por los artículos 63 de la Ley 397 de 1997, 95 y 96 de la Ley 489 de 1998." Corte Constitucional. Sentencia C-671 de 1999. M.P. Alfredo Sierra Beltrán.

⁵⁹ La aplicación extensiva del Decreto 777 de 1992 a los convenios de asociación fue defendida en: Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 12 de septiembre de 2013. Rad. No. 2146.

A su vez, si se atendía a la definición legal y se aplicaba la anterior reglamentación, existía una contradicción imposible de superar. El numeral 1 del artículo 2 del Decreto 777 de 1992 excluía de la excepción prevista en el art. 355, los contratos en los cuales existiera contraprestación directa para la entidad estatal, sin embargo, el espíritu de los convenios de asociación lleva de suyo la configuración de una contraprestación directa a favor de la entidad estatal, por cuanto el objeto del convenio es desarrollar actividades que correspondan al giro normal de las funciones de la entidad pública, las cuales pueden redundar en el interés general pero sin duda van a significar una retribución consistente en la ejecución de una obligación institucional a su cargo. De allí que se pueda afirmar que el objeto de convenio lleva aparejada el cumplimiento de obligaciones para la entidad estatal y, en ese orden de ideas, los convenios de asociación estaban excluidos de la aplicación del art. 355, desarrollado por el Decreto 777 de 1992.

Esta posición se encuentra respaldada por la aclaración de voto⁶⁰ efectuada al concepto 1626 de 2005, de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en los siguientes términos:

“La circunstancia de remitir al artículo 355 de la Constitución, no significa que se debe aplicar inexorablemente el decreto reglamentario especial 777 de 1992, pues en este caso, es evidente que el convenio de asociación celebrado entre una persona jurídica y una entidad pública, para el desarrollo conjunto de programas y actividades de ésta, con estipulación de aportes a cargo de cada una y obligaciones recíprocas, se sale del esquema del mencionado decreto.

(...)

En síntesis, mi observación va dirigida a que cuando el Concepto toca el artículo 96 de la ley 489 de 1998, traslada directamente los criterios establecidos por el decreto 777 de 1992 a la hipótesis del convenio de asociación prevista en dicho artículo, lo

⁶⁰ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Aclaración de voto al concepto 1626 del 8 de marzo de 2005. M. Gustavo Aponte Santos.

cual a mi juicio, no es procedente, debido a que éste contempla una clase de convenio que no se compagina con los aludidos criterios, ya que se trata de un contrato oneroso y destinado esencialmente a desarrollar programas y actividades de la entidad pública.”⁶¹

No obstante estas consideraciones, la aclaración de voto termina adoptando la interpretación realizada por la Corte Constitucional en cuanto a la remisión del legislador al artículo 355, lo cual resulta contradictorio con su anterior posición por cuanto cambia el objeto y el sujeto de la figura legal. Esto es así porque la jurisprudencia se vio obligada a adoptar una interpretación, aunque a todas luces fuera contraria a la norma.

Se trata entonces de un error en la técnica legislativa porque no existe forma de armonizar estos preceptos. La motivación del legislador pudo estar guiada por hacer énfasis en la prohibición del primer inciso del artículo 355 y dejar en cabeza del Gobierno la regulación de los convenios de asociación.

Como se advierte, si se quiere dotar de sentido la existencia del artículo 96 de la Ley 489 de 1998, debe entenderse que este regula una figura distinta a la del art. 355 CP, pues ambos tienen un régimen de aplicación diferente⁶². Así lo entendió el Gobierno Nacional y, en consecuencia, en la reglamentación reciente (Decreto 92 de 2017) dispuso que los convenios de asociación que celebren las entidades estatales con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad tienen un objeto distinto al de los contratos de apoyo, por cuanto están dirigidos a cumplir actividades propias de las entidades estatales y, en consecuencia, reiteró de manera expresa el objeto previsto en el artículo 96. Además, incluyó un régimen diferente de competencia, en la medida en que sujetó la obligación de competir a los eventos en que no exista una entidad privada que ofrezca comprometer recursos dinerarios correspondientes al menos al 30% del valor total del convenio.

⁶¹ Ibidem.

⁶² MATALLANA CAMACHO, Ernesto. *Manuel de Contratación de la Administración Pública*. Cuarta edición. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia, 2015.

Así las cosas, al amparo de la regulación reciente no es posible afirmar que a través de los convenios de asociación se impulsan programas de interés público acorde con los planes nacionales y seccionales de desarrollo⁶³, y con ello queda a salvo la diferencia sustancial entre el objeto de cada figura, pero subsiste la contradicción entre la norma legal que habilita a las entidades estatales a asociarse con personas jurídicas particulares y la norma reglamentaria que califica a la persona jurídica particular como entidad sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad. Empero, se entiende que el Gobierno buscó la forma de darle sentido a la remisión al artículo constitucional y entendió que lo que se pretendía era calificar al sujeto que habría de asociarse con la entidad estatal.

Sin embargo, sería de gran importancia que el legislador expida una norma que desarrolle un régimen particular para los convenios de asociación en reconocimiento de la remisión irreflexiva que se hizo al artículo 355 de la Constitución Política, de tal forma que la Administración Pública no encuentre obstáculos en el uso de esta importante herramienta para la gestión de sus funciones a través de la colaboración con personas jurídica particulares.

Pese a que el análisis detallado de la figura creada por el inciso segundo del artículo 355 constitucional excede el objeto de este trabajo, al ser la única excepción prevista por el artículo a la prohibición expresa de decretar auxilios o donaciones, resultaba imperioso

⁶³ En el pronunciamiento más reciente que hizo la Sala de Consulta y Servicio Civil se conceptuó que los convenios de asociación pueden tener dos objetos distintos, uno de ellos impulsar programas y actividades de interés público acordes con los planes de desarrollo y el otro, desarrollar de manera conjunta actividades en relación con los cometidos y funciones asignadas legalmente a las entidades estatales, con el agregado de que los convenios de asociación pueden celebrarse con personas jurídicas con o sin ánimo de lucro, y solo cuando se trate del segundo evento tendrá que consultarse el artículo 355 y la reglamentación que para ese entonces era el Decreto 777 de 1992. Al respecto ver: Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 30 de mayo de 2017. Rad. No. 2319. M. P. Edgar González López

Esta posición no se comparte en el presente trabajo porque implicaría que el legislador invade la órbita del Constituyente y amplía la figura de los contratos de apoyo al permitir que todas las entidades estatales, sin importar su naturaleza y orden administrativo, contraten con entidades sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad para el objeto que expresamente creó la Constitución Política en su artículo 355. La interpretación necesaria para respetar la figura de creación constitucional y sus límites es que el legislador creó una figura con un objeto distinto al de los contratos de apoyo. Además, aceptar la teoría defendida en el concepto, según la cual las entidades estatales habilitadas por el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 tendrían que acogerse al régimen constitucional y su correspondiente reglamentación solo cuando se asocien con entidades privadas sin ánimo de lucro, sería tanto como dejar a la voluntad de la entidad estatal el régimen al cual quiere someterse su convenio de asociación.

reparar sus requisitos generales, en orden a comprender el alcance de lo que, en una lectura de regla de la norma, constituye la única excepción a la prohibición.

Ahora bien, analizados los fundamentos históricos que antecedieron la creación del artículo 355 y el alcance del mismo, se puede observar que reducir la actividad benéfica del Estado a una modalidad contractual tan restrictiva no permite que un esquema adecuado para los cumplimientos de los fines del Estado, y limita el propósito del Constituyente. Por eso será necesario analizar si en la práctica esto implicaría la incompatibilidad de la prohibición con otros postulados constitucionales, análisis que ha desarrollado la Corte Constitucional, y que se pasa a estudiar.

CAPÍTULO II. EL CAMPO DE ACCIÓN CADA VEZ MÁS LIMITADO DE LA PROHIBICIÓN CONSTITUCIONAL

Una vez analizada la norma jurídica contenida en el artículo 355 de la Constitución Política a la luz de su estructura de regla, es imperioso su estudio a partir del análisis sistemático que exige la Carta, a fin de determinar cuál es la lectura que más se ajusta al imperativo de armonización de las disposiciones constitucionales que se le exige al operador jurídico. Así, en primer lugar, se estudiará el estado del arte de la materia a partir de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en su papel de auténtica intérprete de la Carta (1), en segundo lugar, se analizarán las sentencias que han pretendido establecer requisitos para permitir un auxilio y donación (2) y, en tercer lugar, se expondrán las falencias que ha tenido la jurisprudencia constitucional para determinar el alcance del artículo 355.

1. La ampliación gradual y siempre creciente de los auxilios y donaciones permitidos

Con el paso del tiempo, desde la entrada en vigencia de la Constitución de 1991, se ha evidenciado un profundo cambio en la interpretación de su artículo 355: una ampliación gradual de los escenarios de excepción a la prohibición prevista en la norma, los cuales se han adicionado a la excepción expresa contenida en la misma, y que inicialmente parecía ser la única. En efecto, la Corte Constitucional, en su rol de intérprete auténtico de la Constitución, ha admitido en múltiples oportunidades que existen normas en la Constitución Política que de manera expresa no solo autorizan, e incluso ordenan, el otorgamiento de auxilios sino que, además, en ocasiones habilitan al Estado para que en su amplio margen de acción acuda a la creación de auxilios, a favor de particulares, para cumplir con sus deberes y fines constitucionales.

Desde el primer pronunciamiento sobre el alcance del art. 355 (Sentencia C-372 de 1994⁶⁴) la Corte Constitucional se vio en la necesidad de darle un sentido, más allá del estrictamente

⁶⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-372 de 1994. M.P. Vladimir Naranjo Mesa.

jurídico⁶⁵, a las palabras auxilio o donación, para plantear que en realidad el Constituyente solo quería prohibir los actos de mera liberalidad y para ello tuvo que dejar claro que, más que una regulación jurídica, el artículo 355 es una manifestación política que buscaba prohibir los actos que no estuvieran guiados por la justicia distributiva y el cumplimiento de los fines del Estado.

No obstante, en esta primera oportunidad, la Corte declaró la inconstitucionalidad de la transferencia de recursos públicos a fundaciones, pues consideró que ello significaría, una vez realizada la transacción, que los dineros públicos no serían objeto de control alguno. Es decir, la Corte consideró que se incurría en la prohibición, no por realizar una transferencia gratuita, sino por la ausencia de control. A su vez, reconoció que la cláusula de Estado Social de Derecho implica obligaciones tanto para el Estado como para los particulares, pero que esa colaboración podría lograrse mediante los contratos previstos en el inciso segundo del artículo 355. De tal suerte que, si las personas jurídicas sin ánimo de lucro, privadas o mixtas, que buscan el cumplimiento de fines sociales, requerían capital público debían celebrar el contrato previsto en el artículo 355, de manera que se asegure que los recursos públicos sí van a cumplir los postulados del interés general, que van a responder a la justicia distributiva y van a poder ser sometidos a un control efectivo, previo y posterior.

En el mismo año 1994 hubo un cambio jurisprudencial significativo. En efecto, mediante la Sentencia C-506⁶⁶ la Corte Constitucional le dio una interpretación distinta al artículo 355 con el fin de afirmar que la Constitución Política contenía mandatos que podían soportar otras excepciones, distintas del contrato contenido en la misma norma. Así, en un supuesto de hecho similar al atrás enunciado, en que se permitía a la Nación y sus entidades descentralizadas crear y organizar con los particulares sociedades civiles y comerciales y personas jurídicas sin ánimo de lucro, como corporaciones y fundaciones, con el objeto de adelantar las actividades científicas y tecnológicas, proyectos de investigación y creación de

⁶⁵ Para la Corte Constitucional, en términos jurídicos, la diferencia entre donación y auxilio radica en que el primero es un contrato en tanto que el auxilio es un acto unilateral que no genera retribución ni una prestación a cargo del beneficiario. Esta forma de diferenciar los conceptos es problemática porque en tratándose de una donación tampoco surgen “compromisos vinculantes” para el donatario, o al menos no surgen obligaciones que puedan entenderse en el campo del Derecho Público.

⁶⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-506 de 1994. M.P. Fabio Monroy Díaz.

tecnologías, y realizar aportes en dinero, en especie o de industria, la Corte declaró su exequibilidad porque entendió que existía un fundamento constitucional expreso, a saber: los artículos 69 y 71 de la Constitución Política, que propenden por el fomento de la ciencia y la tecnología. Si bien no se afirmó de manera expresa que se trata de una excepción, sí se realizó el estudio del artículo 355, para concluir que la existencia de una norma constitucional que contemple el fomento de la ciencia y la tecnología, como lo es el artículo 371, brindaba suficiente justificación a la medida en términos constitucionales y, en consecuencia, concluyó que no se incurría en la prohibición del artículo 355.

En esa misma línea, la Sentencia C-205 de 1995⁶⁷ abrió un amplio espectro de excepciones a la referida prohibición. La Corte Constitucional analizó la Ley 41 de 1993, que creó un subsidio a favor de los pequeños productores usuarios de los Distritos de Adecuación de Tierras equivalente al 50% de las cuotas de recuperación de inversiones de los proyectos y concluyó que si bien, al amparo del artículo 355, los subsidios estatales estarían prohibidos por implicar la transferencia de recursos del Estado a un particular, sin recibir una contraprestación inmediata, excepcionalmente, cuando sean concedidos por la ley, encuentren fundamento en una norma o principio constitucional y resulten imperiosos para realizar una finalidad esencial del Estado, estarán permitidos. En el asunto bajo análisis, la Corte encontró que el subsidio cumplía varios fines que el Estado debía alcanzar, a saber: *(1) la realización de obras de adecuación de tierras, drenaje y protección de inundaciones, tiene para el Estado el carácter de deber constitucional, que se satisface mediante la organización del respectivo servicio público (CP art. 65 y Ley 41 de 1993, art. 3); (2) promueve el acceso progresivo a la propiedad de la tierra de los trabajadores agrarios (CP art. 64); (3) mejora el ingreso y calidad de vida de los campesinos (CP art. 64); (4) promueve la producción de alimentos (CP art. 65); (5) remueve barreras para que la igualdad sea real y efectiva, de suerte que el pequeño productor no quede frente al mediano y al grande definitivamente rezagado (CP art. 13)*. Finalmente, dejó claro que el Consejo Superior de Adecuación de Tierras debe velar porque los beneficiarios de los subsidios se encuentren en condiciones socioeconómicas apremiantes que los pongan en necesidad de recibirlos.

⁶⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-205 de 1995. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

De esta manera, la Corte Constitucional no limitó los subsidios a los casos en los que específicamente la Constitución Política los haya mencionado, como los subsidios para servicios públicos domiciliarios previstos en el artículo 368⁶⁸, sino que amplió la excepción a todos los subsidios que sirvan para cumplir un deber asignado al Estado por el constituyente.

Posteriormente, en 1996, la Corte Constitucional, en la Sentencia C-251⁶⁹, declaró la constitucionalidad del artículo 58 de la Ley 9º de 1989 que ordena a las entidades públicas del orden nacional, ceder a título gratuito los bienes inmuebles fiscales de su propiedad que hubieran sido ocupados ilegalmente para vivienda de interés social antes de julio de 1988. Para ello consideró que no basta con que exista una transferencia gratuita de recursos públicos a particulares, sin contraprestación, para incurrir en la prohibición del artículo 355, sino que, además, se requiere que aquella no tenga fundamento constitucional expreso y, por tanto, resulte que se está ante un acto de mera liberalidad; de lo contrario, se tratará del cumplimiento de deberes constitucionales atribuidos al Estado y no podrá ser objeto de censura. En el caso concreto, se encontró que el artículo 51 de la Constitución Política, que consagra el derecho de todos los colombianos a la vivienda digna, también encarga al Estado la labor de fijar las condiciones para hacer efectivo tal derecho y promover planes de vivienda de interés social, se erigía como el fundamento constitucional de la donación ordenada por la ley. Como argumento adicional, la Corte señaló que el artículo 355 debe armonizarse con el artículo 136 numeral 4 que prohíbe al Congreso decretar en favor de particulares erogaciones que no estén destinadas a satisfacer créditos o derechos reconocidos con arreglo a ley preexistente, de tal manera que se concluya que las transferencias de recursos públicos sin contraprestación que se efectúen con el propósito de satisfacer derechos preexistentes, como lo son los derechos constitucionales, y que resulten imperiosas para dicho fin, se enmarcan dentro del concepto de justicia distributiva y, por tanto, estarán permitidas.

⁶⁸ En sentencia C-086 de 1998, la Corte Constitucional señaló de manera expresa que la autorización a la Nación a los departamentos, los distritos, los municipios y las entidades descentralizadas para conceder subsidios, con cargo a sus presupuestos, con el fin de que las personas de menores ingresos puedan pagar las tarifas de los servicios públicos domiciliarios, consagrada en el artículo 368 de la Constitución Política, es una excepción a la prohibición de otorgar auxilios o donaciones en favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado.

⁶⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-251 de 1996. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

Pronto, la Corte Constitucional da cabida a un nuevo grupo de excepciones a la prohibición contenida en el artículo 355 constitucional, relacionadas con medidas adoptadas en el marco de la actividad de fomento económico. Así, a través de la importante Sentencia C-254 de 1996⁷⁰, en el que se resuelve la demanda contra los artículos 20 y 21 de la Ley 188 de 1995, por medio de la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo e Inversiones 1995-1998, los cuales contemplan un programa dirigido a nivelar las condiciones financieras de las empresas colombianas productoras de bienes de capital y servicios técnicos que compiten en licitaciones internacionales o nacionales con otras empresas extranjeras, por medio de un tasa de interés preferencial, equiparable a las que gozan las compañías extranjeras, que otorgaría la sociedad de economía mixta BANCOLDEX y cuyos menores ingresos por esta operación serían compensados con recursos fiscales. Al respecto, la Corte fue enfática en señalar que el control sobre el respeto de la prohibición contenida en el artículo 355 no recae únicamente sobre la ley anual de presupuesto, en el nivel nacional y las respectivas ordenanzas y acuerdos en el nivel territorial, sino que cobija a todas las ramas y órganos del poder público y, por tanto, comprende todas las fases del proceso de programación, autorización, cálculo y ejecución del gasto. Frente al cargo de inconstitucionalidad, señaló que incluso cuando se constatará la existencia de una ayuda financiera consistente en una tasa de interés o en una condición financiera más favorable, sin que medie erogación fiscal, no puede descartarse la configuración de un auxilio o donación, máxime cuando BANCOLDEX es sujeto de la prohibición por su carácter oficial y, por ello, resaltó la importancia de distinguir entre la prohibición y las acciones propias del Estado Social de Derecho, dirigidas a satisfacer los deberes constitucionales.

Entonces, enfatizó en que dentro de ese amplio margen de acción que tiene el Estado para cumplir con las exigencias del interés público, el artículo 334 de la Constitución Política lo autoriza para intervenir en la economía y una forma de materializar tal intervención es el fomento económico que *“...apela a la oferta de estímulos positivos que se formulan a las empresas y personas que libremente colaboren en el logro de los objetivos concretos de una determinada política a través de la cual se satisfacen necesidades de interés público, sin que el Estado se vea en la necesidad de crear o gestionar directamente el servicio o la actividad*

⁷⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-254 de 1996. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

económica de que se trate.”, de manera que, si bien no existe una prestación a cargo de los benefactores, sí habrá un retorno para la sociedad que puede traducirse, por ejemplo, en la creación de empleo o en el aumento de los recursos tributarios captados por el Estado. Ahora bien, las medidas de fomento económico deben estar autorizadas por la ley; las circunstancias de que impliquen recursos del erario y tengan la potencialidad de incidir en la libertad de empresa y en la libre competencia, exigen del legislador establecer un marco de acción a la administración.

En ese sentido, la Corte consideró que las medidas de fomento económico, como la autorizada en la ley del plan, no ingresan en el campo de la prohibición del artículo 355. Además, se señaló que los auxilios y donaciones prohibidos no eran solo aquellos que implicaran la existencia de una erogación fiscal en favor de un particular sin sustento en ninguna contraprestación a su cargo, sino también las transferencias de recursos a particulares que no estuvieran sujetas a un control previo de los recursos o no se permitiera el mismo después de realizada la asignación e igualmente, las que pudieran tener la virtualidad de revivir la figura de los auxilios. Por el contrario, no se ingresaría al campo de la prohibición cuando el Estado otorgara subsidios, estímulos económicos, ayudas o incentivos en cumplimiento de deberes o principios constitucionales que, si bien se habían presentado como excepción a la prohibición del artículo 355, se trataban de la materialización del Estado Social de Derecho que propende por asegurar el mínimo vital y para ello debe intervenir en los ámbitos económicos y sociales.

En 1999, mediante la Sentencia C-152⁷¹, la Corte resolvió la demandada de inconstitucionalidad interpuesta contra la Ley 397 de 1997 que creaba una pensión vitalicia para los creadores y gestores culturales que cumplieran 65 años y no acreditaran los requisitos mínimos de cotización para acceder a una pensión de vejez, en virtud de la cual el Ministerio de Cultura, según su disponibilidad presupuestal, completaría el monto requerido para cumplir con la cotización mínima. La Corte reiteró que, si bien existe una prohibición constitucional de efectuar auxilios o donaciones a particulares con recursos públicos, excepcionalmente, la Constitución Política autoriza el Estado para conceder subvenciones,

⁷¹ Corte Constitucional. Sentencia C-152 de 1999. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

estímulos económicos o subsidios a particulares en los supuestos que ella misma recoge. Dentro de aquellos, está el artículo 71 que dispone que el Estado creará incentivos para personas e instituciones que desarrollen y fomenten la ciencia y la tecnología y las demás manifestaciones culturales y ofrecerá estímulos especiales a personas e instituciones que ejerzan estas actividades y, en consecuencia, los estímulos económicos ordenados con fundamento en ese artículo estarán permitidos como excepción al artículo 355, pero que es tarea del legislador definir el marco y el alcance de los incentivos o estímulos que puedan servir como instrumentos de desarrollo científico, tecnológico y cultural. Definidas las pautas por el legislador, será tarea del Gobierno, en ejercicio de la potestad reglamentaria, concretar los estímulos autorizados, con sujeción a los principios que deben orientar la función administrativa (artículo 209 de la C.P.). Finalmente, la Corte reitera que cuando un subsidio o incentivo encuentre fundamento constitucional, sea creado por la ley, y sea idóneo para conseguir el propósito de la norma está permitido.

En desarrollo de ese nuevo paradigma, en virtud del cual, los auxilios y donaciones creados por la ley, con fundamento en un mandato constitucional expreso e idóneo para cumplir el fin perseguido, se admitieron múltiples escenarios de excepción a la prohibición del artículo 355⁷².

Hasta el año 2001, el análisis de la prohibición contenida en el artículo 355 solo se había realizado cuando se constataba la existencia de transferencia gratuita de recursos públicos a particulares o se otorgaban ayudas directas o indirectas que tenían valoración económica, concretadas en diferentes instrumentos, pero en ese año el alto tribunal constitucional emitió

⁷² Al respecto ver: Sentencia C - 159 de 1998 que encuentra ajustado al ordenamiento el decreto ley que autorizaba la creación de Fondos Mutuos de Inversión en las empresas, constituidos con aportes de los trabajadores y de las respectivas empresas, ya sean del sector público o del sector privado porque consideró que la contribución que las empresas industriales comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta, asimiladas al régimen jurídico de éstas, realizan a los Fondos Mutuos de Inversión, que son personas jurídicas de derecho privado, no constituyen un auxilio o donación prohibido por el art. 355 de la Constitución, porque se persigue el cumplimiento de deberes acordes con nuestro modelo de Estado como incentivar el bienestar de los trabajadores no solo a través de los salarios sino de la participación de utilidades. Sentencia C-1174 de 2001 que consideró que la concesión de un auxilio económico anual y permanente de sostenimiento al Centro de Rehabilitación para Adultos Ciego encontraba fundamento en los artículos 47 y 68 de la Constitución Política que le imponen el deber especial de fomentar la rehabilitación e incorporación de las personas que padecen de limitaciones físicas como son los ciegos y, por tanto, es una excepción válida al artículo 355 constitucional.

la Sentencia C-1168⁷³ que estudió la constitucionalidad de la ley que decretaba el presupuesto de rentas y recursos de capital y ley de apropiaciones de la vigencia fiscal del año 2001, en cuyos artículos 2 y 3 establecía partidas globales que se asignan a distintas entidades gubernamentales con destino a la promoción del desarrollo regional, apropiaciones para inversiones públicas como la construcción, mejoramiento y mantenimiento de infraestructura para el desarrollo regional o el mejoramiento y/o reposición de la infraestructura vial existente, en punto de la prohibición del artículo 355. Es decir, a pesar de que no existía en estricto sentido transferencia de recursos públicos a particulares, la Corte vio la necesidad de estudiar las normas demandadas a la luz de la prohibición constitucional de decretar auxilios o donaciones a particulares con recursos públicos.

Al respecto, la Corte Constitucional, después de analizar los antecedentes del artículo 355, encontró que los motivos que dieron lugar a su creación implican que su finalidad no se agota en abolir las cesiones gratuitas de recursos públicos sin sustento constitucional, sino que se extiende a la orientación de la política a fin de que cumpla con los postulados del interés general. Así, consultando el espíritu de la norma, señaló que aquella cobija todos los supuestos que impliquen revivir los auxilios parlamentarios⁷⁴ y puedan tener efectos nocivos para la democracia y la separación de poderes, tales como la manipulación de partidas presupuestales para generar la pérdida de independencia del Congreso frente al Ejecutivo. Este nuevo entendimiento de la prohibición lo concretó en la figura de la desviación de poder, en el contexto del examen de una ley, como la utilización de medios legítimos para alcanzar fines ilegítimos que, si bien no estarán expresados en ella, pueden descubrirse en el estudio de los motivos que llevaron a su aprobación. De tal suerte que se incurrirá en la prohibición cuando se pretenda usar los recursos públicos para fines que no contraríen la transparencia que debe alimentar los procesos políticos.

⁷³ Corte Constitucional. Sentencia C-1168 de 2001. M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

⁷⁴ En la sentencia C-520 de 1994, la Corte Constitucional ya había apelado al argumento de que una norma incurre en la prohibición del artículo 355 cuando genere la posibilidad de revivir los auxilios parlamentarios, pero lo hizo con ocasión del artículo 21 de la ley 60 1993 que incluía la financiación de becas en las actividades de educación a las que debía destinarse las participaciones de los municipios en los ingresos corrientes de la Nación, sin ofrecer argumentos o identificar los elementos que permitieran entender la potencialidad de la financiación de becas de generar efectos similares a los que causaron los auxilios parlamentarios; por el contrario, se limitó a decir que la donación no se encuentra permitida por el artículo 355 de la Constitución Política y ello reviviría la posibilidad de decretar auxilios.

En razón de esta segunda función que le fue adscrita a la precepto constitucional mencionado, la Corte encontró que debía sumarse la exigencia del respeto a los principios de planeación y de legalidad del gasto, de tal manera que no pueden existir en el presupuesto partidas de libre disposición por los congresistas, toda vez que en la ley de apropiaciones solo pueden incorporarse apropiaciones que correspondan a gastos decretados por una ley previa o que correspondan a un crédito judicialmente reconocido, o gastos propuestos por el Gobierno para atender debidamente el funcionamiento de las ramas del poder público, o al servicio de la deuda, o destinados a dar cumplimiento al Plan Nacional de Desarrollo.

A su turno, mediante sentencia C-712 de 2002, la Corte Constitucional concluyó que, si bien se han admitido varios escenarios de excepción a la prohibición, con base en principios y deberes constitucionales, cuando se trate de la transferencia de recursos públicos a personas jurídicas particulares es imperioso la celebración de un contrato, como medio de control de los recursos públicos. Así, analiza la autorización legal que se le concede a la Asamblea Departamental del Guaviare para ordenar la emisión de la estampilla Pro-Hospitales del Departamento del Guaviare, hasta por la suma de \$4.000.000.000 a precios del año 2000, y dispone el orden de prioridades al que se debe destinar el producido de la estampilla, entre ellas, la adquisición, mantenimiento y reparación de los equipos requeridos para los diversos servicios que se prestan en las instituciones hospitalarias para desarrollar y cumplir adecuadamente con las funciones propias de cada uno. La norma no precisaba que los recursos recaudados con el impuesto se destinarían exclusivamente a los hospitales públicos del departamento, por ello el alto tribunal consideró que bien podría la Asamblea Departamental señalar que tanto los hospitales públicos como los privados son beneficiarios del tributo, porque se trataría de un apoyo financiero a entidades sin ánimo de lucro que persiguen finalidades de interés público a través de la prestación del servicio público de salud, siempre y cuando se celebren con los hospitales privados los contratos habilitados en el inciso segundo del artículo 355, so pena de incurrir en la prohibición del inciso primero del precepto constitucional. De este modo, se configuraría una excepción al artículo 355 por vía de su inciso segundo.

Frente a las medidas de fomento económico, en una nueva oportunidad, en la que se analizaba la constitucionalidad de los artículos 10 y 11 de la ley 681 de 2000 que permitían que ECOPETROL decidiera si concedía o no un descuento en la venta del combustible JET A1, para la Corte se hacía evidente que la medida de fomento económico no podía incurrir en la prohibición del artículo 355, por cuanto no constituía una erogación fiscal a favor de un particular sin contraprestación, ni una transferencia de recursos a un particular, desprovista de control sobre los mismos. Sin embargo, a dicha argumentación, le sumó las consideraciones que había expuesto la corporación en la sentencia que analizaba las tasas preferenciales otorgadas por BANCOLDEX; de este modo, concluyó que se encuentra justificada la medida en la potestad de intervención del Estado en la economía, en este caso *“para incentivar el desarrollo de una industria de especial interés, por cuanto de ella dependen factores relacionados con el fomento de la productividad macroeconómica, en particular con el transporte de pasajeros y de las mercancías requeridas por el mercado interno, como también de aquellas producidas para la exportación.”*⁷⁵

La jurisprudencia analizada permite concluir que la Corte Constitucional ha admitido, en múltiples ocasiones, escenarios de excepción a la prohibición contenida en el artículo 355, adicionales al allí contenido expresamente, porque encontró en la Constitución Política disposiciones que lo exigen, como es el caso de los subsidios a los servicios públicos domiciliarios, y otras que lo justifican, es decir, que prevén actividades y deberes constitucionales que pueden satisfacerse mediante mecanismos que implican la existencia de auxilios, tales como el fomento a la ciencia y a la tecnología.

Entonces, la práctica jurídica permite constatar que el paradigma fijado por el Constituyente en el artículo 355, como una prohibición absoluta, con una única excepción, no se cumple y, por el contrario, cada vez existen más excepciones a la misma. Además, ese mismo acervo jurisprudencial permite colegir que los auxilios y donaciones, materia de prohibición, no se concretan únicamente en la transferencia de recursos públicos sin contraprestación a particulares, puesto que también se han considerado como excepción algunos eventos en los que los recursos públicos no ingresan al patrimonio del particular, pero sí implican

⁷⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-042 de 2006. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

erogaciones que redundan en su beneficio, como el caso de las ayudas financieras otorgadas por bancos oficiales a empresas colombianas y compensadas con cargo al Presupuesto General de la Nación.

A su vez, la Corte ha reconocido, en atención a los fundamentos históricos de la prohibición constitucional, que sus efectos pueden superar el campo jurídico para ingresar en el político, pues pretende también constituirse como un límite a la desviación de poder, de tal suerte que así no exista un auxilio o donación, pero se constata la existencia de una competencia proclive a la desviación de poder, se activará y generará la prohibición. Finalmente, ante la multiplicidad de eventos excepcionales, ante su probable ampliación y frente al reconocimiento de los innumerables deberes constitucionales encargados al Estado por la Constitución Política, se intentó crear algunos baremos a fin de poder determinar cuándo se está en presencia de una situación, con fundamento constitucional, que permita excepcionar la prohibición contenida en el artículo 355.

Dichos intentos de construcción de los parámetros se encuentran, igualmente, contenidos en el acervo jurisprudencial, pero ameritan un estudio separado, precisamente, por constituir un intento determinante y útil a efectos de esclarecer el alcance de la prohibición constitucional estudiada.

2. Requisitos identificados por la Corte Constitucional para admitir auxilios y donaciones

Ante la constatación de múltiples excepciones a la prohibición contenida en el artículo 355, no siempre de la misma naturaleza, la Corte Constitucional se vio obligada a realizar, por primera vez, un listado de requisitos que debía cumplir toda asignación de bienes o recursos públicos a sectores especialmente protegidos por la Constitución Política⁷⁶, a saber:

i. Toda asignación de recursos públicos debe respetar el principio de legalidad del gasto; es decir que no puede hacerse ningún gasto que no esté incluido en la ley de apropiaciones,

⁷⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-507 de 2008. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

expedida por el Congreso. En desarrollo de este principio, el Congreso tiene la facultad de expedir leyes que decreten gastos, pero su ejecución depende del Ejecutivo porque será este quien decida si incluye la apropiación respectiva en el proyecto de ley anual de presupuesto y este, a su vez, solo puede incluir partidas que correspondan a un crédito judicialmente reconocido, o a un gasto decretado conforme a ley anterior, o a aquellos gastos que el Gobierno proponga para atender debidamente el funcionamiento de las ramas del poder público, o al servicio de la deuda, o destinado a dar cumplimiento al Plan Nacional de Desarrollo.

ii. 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, es decir, que los beneficiarios de los incentivos económicos deben ser definidos por el legislador en la Ley del Plan Nacional de Desarrollo o en una ley que pretende dar desarrollo al mismo y, a su vez, debe reflejarse en el Plan de Inversiones y en la ley anual de presupuesto;

iii. 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, en consecuencia, *“ 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 ”*;

iv. Debe respetar el principio de igualdad, esto es, deben existir garantías legales claras, expresas y exigibles de que la asignación de recursos sin contraprestación no genera privilegios injustificados y para ello escasos debe asegurarse de que el proceso de asignación se soporte en argumentos objetivos, razonables y proporcionados; de tal suerte que, para el caso de los subsidios por ejemplo, *“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.”

Luego, en 2009, en otro pronunciamiento jurisprudencial⁷⁷ se desarrollaron de manera más detallada las características de los auxilios y donaciones permitidas, es decir, que no incurrían en la prohibición del artículo 355 y, para ello, agrupó los auxilios o subvenciones permitidas, como conceptos equiparables, en tres grupos:

i. Aquellos que albergan una finalidad estrictamente altruista y benéfica dirigida a alentar una actividad de interés público, a través de entidades sin ánimo de lucro, caso en el cual, el beneficio se encuentra enfocado en un grupo de interés, en este caso para que resulte ajustado a la Carta.

ii. Aquellos que se derivan de la facultad de intervención del Estado en la economía (Art. 334 C.P.) y, en consecuencia, se orientan al estímulo de una determinada actividad económica que debe tener un retorno o beneficio para la sociedad en su conjunto, sin el cual la subvención no se justifica de manera alguna y finalmente.

iii. Los auxilios que se derivan directamente de un precepto constitucional que lo autoriza, en orden a garantizar condiciones de acceso a bienes y servicios básicos de quienes tienen mayores necesidades y menores ingresos dentro de la sociedad.

Además, estableció ocho supuestos, de los cuales basta con encontrarse en uno de ellos para incurrir en la prohibición: cuando se omite dar aplicación al principio presupuestal de legalidad del gasto, cuando 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,

⁷⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-324 de 2009. M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

destinatarios, alcances materiales y temporales, condiciones y criterios de asignación, publicidad e impugnación, así como los límites a la libertad económica, cuando la asignación 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, cuando 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 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, cuando el subsidio tenga vocación de permanencia convirtiéndose en una carga al presupuesto público o cuando el subsidio entrañe la figura de la desviación de poder, esto es, cuando el incentivo se cree con un propósito distinto de aquel para el cual aparentemente fue creado.

Al momento de hacer el análisis de constitucionalidad de la norma demandada, artículo 1º de la Ley 36 de 1981, que facultaba al Ministerio de Defensa para que, dentro de los planes de recreación y bienestar, pudiera asignar partidas presupuestales y elementos disponibles, a las entidades que sin ánimo de lucro tuvieran por objeto proporcionar a los miembros de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, en actividad y en retiro, medios de recreación deportiva, social y cultural y de fortalecimiento de los vínculos de compañerismo entre ellos, se puede deducir que la Corte identificó la relación del precepto con cada uno de los grupos de auxilios permitidos, para decir que la asignación no estaba autorizada en desarrollo de la facultad de intervención del Estado en la economía, y que si bien el deporte y la recreación encuentran fundamento en el artículo 52 de la Constitución Política que los califican como gasto público social y ordena el fomento de los mismos, la ley bajo examen no determinó las condiciones y criterios de asignación ni los límites y porcentajes de las partidas ni los demás requisitos que aseguraran la participación de las entidades en condiciones de igualdad y, por último, que no se encuentra ajustada al Plan Nacional de Desarrollo y el plan de inversiones.

Toda la argumentación y clasificación comprendida en la sentencia mencionada ha sido reiterada, pero en punto del análisis concreto, se encuentra que en ocasiones no se ha

aplicado. Por ejemplo, en el año 2015⁷⁸, la Corte Constitucional estudiaba la constitucionalidad de la Ley 1698 de 2013 que creó el Sistema de Defensa Técnica y Especializada de los miembros de la Fuerza Pública, con el objeto financiar los servicios jurídicos que garanticen el derecho fundamental a la defensa para a los miembros activos y retirados de la fuerza pública, en las instancias disciplinarias, en la jurisdicción penal ordinaria y especial tanto en el orden nacional, internacional o de terceros Estados, para lo cual creó un Fondo de Defensa Técnica y Especializada de los Miembros de la Fuerza Pública con provenientes de las partidas que se le asignaran en el presupuesto nacional, y al respecto, si bien trajo a colación todo el esquema presentado por la sentencia C-324 de 2009, al momento de concluir la constitucionalidad de una norma que autoriza transferencia de recursos públicos a un fondo destinado a financiar el otorgamiento de una prestación a título gratuito a personas naturales, le bastó señalar que no se incurría en la prohibición del artículo 355 *“por cuanto los integrantes de la fuerza pública en ejercicio de su misión constitucional desarrollan una actividad peligrosa y, por tanto, el Estado está obligado, por el principio de correspondencia, a garantizar su defensa técnica, teniendo en cuenta que hay un ejercicio legítimo de la fuerza, en la tarea que desarrollan”*, con la precisión de que el Gobierno Nacional, en la reglamentación de la ley, debía incluir criterios que aseguraran que los beneficiarios fueran los integrantes de la fuerza pública que se encontraran en condiciones económicas que les impidieran costear su defensa.

Con todo, en el año 2016, en la sentencia⁷⁹ que declaró la exequilibilidad del artículo 10 de la Ley del Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018, por medio del cual se facultaba al Estado para que, en el marco de proyectos de investigación y desarrollo de ciencia, tecnología e innovación y de tecnologías de la información y las comunicaciones, adelantados con recursos públicos, pudiera ceder a título gratuito, salvo por motivos de seguridad y defensa nacional, los derechos de propiedad intelectual que le correspondan, y autorizara su transferencia, comercialización y explotación a quien adelante y ejecute los proyectos, se transcribieron múltiples aparte de la sentencia C-324 de 2008 relativos a la esquematización realizada por la misma y luego se realizó un análisis de constitucionalidad que deja entrever

⁷⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-044 de 2015. M.P. María Victoria Calle Correa.

⁷⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-027 de 2016. M.P. María Victoria Calle Correa.

cuáles son los requisitos que debe tener una auxilio para no incurrir en la prohibición del precepto 355 constitucional.

Así, al encontrar que el artículo 71 de la Constitución Política establece el deber estatal de fomentar la ciencia y tecnología, concluyó que la facultad concedida por la norma se ajustaba uno de los tres grandes hipótesis “*la de satisfacer o materializar el contenido genérico de una cláusula de la Carta Política*”, luego, señaló que la norma no solo coincidía con los planes de desarrollo sino que estaba contenida en el Plan Nacional de Desarrollo, en tercer lugar, encontró que la ley desarrolló con suficiente precisión el alcance y sus condiciones de procedencia, y finalmente, concluyó que puesto que las condiciones de la cesión se deben fijar en el respectivo contrato, se satisface la exigencia constitucional de asegurar un manejo adecuado de los recursos públicos.

Hasta aquí quedan expuestos los distintos tentativos de sistematizar una suerte de requisitos que permitieran identificar los auxilios y donaciones permitidas en nuestro ordenamiento jurídico, es decir, aquellas que no activarían la prohibición contenida en el artículo 355 de la Constitución. No obstante, los distintos intentos adolecen de problemáticas e inconsistencias que impiden la satisfacción de su finalidad, esto es, no están en grado de esclarecer el alcance de los auxilios o donaciones que configurarían una excepción válida a la prohibición, de manera tal de servir de precedente interpretativo para situaciones futuras.

3. Problemáticas derivadas de la jurisprudencia constitucional que busca determinar el alcance del artículo 355 de la Constitución Política

Si bien la Corte Constitucional en su labor de interpretar la Constitución Política se ha pronunciado en múltiples ocasiones sobre la prohibición contenida en el artículo 355, no es posible determinar el alcance de la disposición de la simple lectura del acervo jurisprudencial, pues los pronunciamientos presentan algunas inconsistencias, vacíos y ambigüedades que se pondrán de presente a continuación.

En primer lugar, debe resaltarse la dificultad de identificar una regla en la jurisprudencia de la Corte Constitucional debido a la disimilitud de supuestos de hecho tratados, es decir, la dificultad para extraer un precedente (regla) aplicable a supuestos de hecho futuros. Esto pues la variedad y diversidad de las situaciones fácticas analizadas por la jurisprudencia constitucional imposibilita la determinación de un problema jurídico común a todos los supuestos de hecho, lo que además imposibilitaría la construcción de una línea jurisprudencial, bajo la metodología más difundida⁸⁰. De este modo, el alto tribunal constitucional ha estudiado, a la luz de la disposición contenida en el artículo 355 de la Constitución Política, no solo la constitucionalidad de leyes que implican la transferencia directa de recursos públicos a particulares sin contraprestación directa, como la cesión gratuita de bienes fiscales a particulares con fines de vivienda de interés social, sino también aquellas que sin generar un aumento del patrimonio del particular en forma de ingreso, sí suponen la disposición o transferencia de recursos públicos, con el fin de concederle al particular un beneficio económico, que podría verse desde la óptica de la ausencia de gasto, este es el caso de los subsidios a los servicios públicos o de las tasas preferenciales otorgadas sociedades de economía mixta y compensadas con recursos del presupuesto general de la Nación. Este primer problema puede entenderse de mejor manera si se piensa que la secuencia lógica para estudiar una disposición, a la luz de la disposición contenida en el inciso primero del artículo 355, implica primero definir si se está en presencia de una donación o un auxilio para, luego, determinar si el mismo se encuentra o no prohibido y es precisamente este el vacío que se encuentra en la jurisprudencia constitucional: la ausencia de definición de donación y auxilio.

Sumado a ello, la Corte Constitucional ha puesto de presente que, desde el punto de vista jurídico, los conceptos de subsidio y subvención son diferentes a los conceptos de donación y auxilio contenidos en el artículo 355, pero no ha habido un pronunciamiento que determine con claridad las características que permitan establecer sus particularidades y, por el contrario, la misma jurisprudencia ha usado indistintamente los términos. Esta confusión queda expuesta de manera concreta en la Sentencia C-324 de 2009, en la que se señaló,

⁸⁰ LÓPEZ MEDINA, Diego. *El derecho de los jueces: obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del derecho judicial*. segunda edición, Bogotá: Legis, Universidad de los Andes, 2006.

“Los conceptos de donación, auxilio, subsidio o subvención, encuentran desde el punto de vista semántico, idéntico significado, así: subvenir significa venir en auxilio; subsidio, ayuda o auxilio extraordinario de carácter económico; auxilio, ayuda o amparo; y donación, acto de liberalidad de una persona que transmite gratuitamente una cosa que le pertenece a favor de otra. Desde esa óptica, podría suponerse entonces que las subvenciones –subsidios y aportes- comparten las mismas características que las donaciones o auxilios a que hace alusión el artículo 355 constitucional, en tanto se trata de partidas de origen público, que se asignan sin contrapartida del beneficiario directo y, que pueden ser dirigidas a personas naturales o jurídicas.

Sin embargo, desde el punto de vista jurídico se advierten particularidades en relación con estos conceptos, a partir de los cuales es posible fijar estrictos linderos, las cuales radican bien en el origen y en la finalidad que persigan. Así, las subvenciones o los auxilios que otorga el Estado pueden:”

Como se observa, se pretenden diferenciar los conceptos de donación, auxilio, subvención y subsidio, pero finalmente se usan indistintamente aquellos de subvención y auxilio para indicar los eventos en los que están permitidos. Podría pensarse, entonces, que la jurisprudencia constitucional no ha pretendido diferenciar los conceptos desde el punto de vista jurídico, sino que ha entendido los subsidios y las subvenciones como auxilios que cumplen con las condiciones para ser permitidos. Es decir, se ha decantado por una solución más pragmática, menos esquemática, y ha decidido tratarlos como conceptos sinónimos o términos asimilables a efectos de determinar aquellas permitidas. Sin embargo, esta decisión, útil y explicable, ha sacrificado la problemática de determinar el alcance de la prohibición estudiada pues, como se ha indicado, desde la misma significación castiza o de derecho privado, los auxilios y las donaciones son diferenciables.

En segundo lugar, en los diversos pronunciamientos en relación con el alcance de la disposición constitucional estudiada, la Corte Constitucional ha interpretado de forma

distinta las donaciones o auxilios que ha avalado. Así, en algunas sentencias, ha sostenido que constituyen excepciones constitucionalmente justificadas a la prohibición del primer inciso del artículo 355 y, en otras, ha optado por considerar que se trata de figuras autónomas y que la función del artículo 355 es que los auxilios cumplan los fines para los cuales fueron creados y reporten un beneficio social so pena de incurrir en la prohibición. La dificultad de una interpretación uniforme de la norma se deriva de que existen muchos supuestos amparados por la Constitución Política para decretar auxilios y donaciones a particulares y que la constatación de este sustancial cambio hermenéutico de la norma, generada por su lectura sistemática con otras disposiciones constitucionales, implicaría, también, la constatación de una suerte de inaplicación de la prohibición contenida en la Carta por las múltiples excepciones, es decir, de su formulación normativa textual, que como se explicó, tiene estructura de regla jurídica.

Esto es así porque, si bien en un principio, se señaló que para otorgar auxilios o donaciones debía existir un fundamento constitucional expreso como, por ejemplo, el artículo 71 que autoriza el fomento y creación de incentivos para personas e instituciones que desarrollen y fomenten la ciencia y la tecnología, después se avaló el otorgamiento de auxilios en el marco de la intervención del Estado en la economía, lo cual abrió un abanico de posibilidades amplísimo, ni cuantificables ni cualificables. La intervención del Estado en la economía tiene unas finalidades definidas por la Constitución Política que son en realidad su sustento. El hecho de que se haya señalado que se podrán otorgar auxilios en el marco de la intervención en la economía reconduce de nuevo a los fines constitucionales señalados para tal intervención porque se trata de un medio y, por tanto, no puede agotarse en sí mismo. De este modo, si el Estado puede intervenir en la economía a través de auxilios para la jurisprudencia constitucional se hace insostenible seguir considerando que existen algunas excepciones al artículo 355 de la Constitución Política y, por ello, se vio obligada a reconceptualizar la prohibición. No obstante, esta reconceptualización realizada por la Sentencia C-324 de 2009, no es tenida en cuenta posteriormente y en la Sentencia C-027 de 2016 se vuelve a hablar de excepciones a la prohibición.

El tercer problema, y quizá el de mayor relevancia, es que no existe claridad acerca de cuáles son los filtros o requisitos que deben cumplir los auxilios o donaciones para ser admitidos, para no contrariar la prohibición. Esta falta de claridad tiene su origen en que la Corte Constitucional suele incluir en sus consideraciones todos los pronunciamientos anteriores sobre el alcance del artículo 355, e incluso los requisitos que han identificado otras sentencias (con base en otros supuestos facticos y jurídicos), pero en el momento de decidir la constitucionalidad de la norma que dispone la donación o el auxilio no trae a colación cada requisito mencionado, sino que expone una serie de argumentos para justificar la decisión de declarar exequible que si bien son razonables no coinciden en su totalidad con los demás pronunciamientos. Un ejemplo claro de ello es que pese a que la Sentencia C-507 de 2008 se encargó de establecer cuatro requisitos, a saber, el respeto del principio de legalidad del gasto, el respeto al principio de igualdad, la existencia de un mandato constitucional claro y suficiente y la concordancia del auxilio o donación con el Plan Nacional de Desarrollo, no ha habido una sentencia que estudie los cuatro requisitos para definir si el auxilio o donación se debe permitir, incluso la sentencia C-324 de 2009 que hasta el momento ha sido el pronunciamiento que ha pretendido de manera más detallada la sistematización de los eventos permitidos estableciendo ocho casos en los que un auxilio o donación estaría inmerso en la prohibición tampoco ha sido seguida de manera exacta.

Así, el pronunciamiento más reciente sobre un auxilio o donación, esto es, la sentencia C-027 de 2016, trajo a colación todos los eventos de prohibición expuestos en la sentencia del 2009 pero a la hora de realizar el análisis concreto de constitucionalidad de una disposición que ordena la cesión gratuita de derechos de propiedad del Estado a particulares, los argumentos utilizados fueron: la existencia de un fundamento constitucional, la coincidencia con el Plan Nacional de Desarrollo, la existencia de una ley que determina el alcance del auxilio con suficiente precisión y la existencia de un conjunto de condiciones para la entrega del subsidio, que *“...se inspiran o cuando menos respetan los requisitos que la Corporación”*.

En este orden de ideas, podría concluirse que en cada sentencia la Corte Constitucional establece sus propios baremos para admitir un auxilio donación y que las referencias a las

anteriores sentencias, al precedente horizontal, se realizan a título de *obiter dicta*, en tanto que la *ratio decidendi* ha estado compuesta por los argumentos que la Corte ha decidido seleccionar de ellas para aplicar en cada caso concreto. Lo anterior implica una gran dificultad para el intérprete a la hora de determinar cuáles son los requisitos que debe cumplir un auxilio o donación para definirse como permitido.

Ahora bien, sin pretender desconocer la enorme valía e importante papel de la jurisprudencia constitucional para la determinación del contenido y alcance de la prohibición constitucional estudiada, no puede obviarse que las referidas problemáticas no permiten la consolidación de un precedente judicial claro y aplicable a situaciones futuras. Por tanto, tomando el acervo jurisprudencial como base del razonamiento y procurando solventar las falencias y ambigüedades aquí identificadas, se pasa a exponer una propuesta de reconstrucción de los auxilios y donaciones permitidos (no prohibidos).

CAPÍTULO III. ALCANCE DEL ARTÍCULO 355 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA EN EL MARCO DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

Analizada la jurisprudencia constitucional e identificadas las problemáticas que se derivan de su estudio se pone de presente el reducido campo de acción que se le otorga al inciso primero del artículo 355 constitucional. Ello hace necesario exponer una propuesta hermenéutica alternativa, que no desconozca los avances jurisprudenciales y, más bien, que se sirva de ellos para garantizar una real efectividad de la norma en cuestión (1). Con base en ello, enseguida, se intentará ubicar esa perspectiva interpretativa de los auxilios y donaciones permitidas en el marco del quehacer de la Administración Pública, dado que su tarea preponderante es la ejecución material y practica de los fines estatales, dentro de los que se encuentra, por supuesto, las figuras estudiadas (2).

1. Redefinición de los auxilios y donaciones (permitidos/prohibidos) en el derecho público: requisitos sustanciales y formales que excluyen la mera liberalidad

Las inconsistencias identificadas en la jurisprudencia constitucional para definir el alcance del artículo 355 de la Constitución Política evidencian la necesidad de realizar una relectura de la prohibición contenida en dicha disposición, pues su original estructura categórica se fue desvaneciendo, revelando una suerte de prohibición aparente. La premisa que se pretende explicar y defender en este acápite es que los auxilios y donaciones tienen un contenido propio en el derecho público, y que por tanto la finalidad de la norma no es otra que erradicar de la acción estatal las donaciones y auxilios otorgados por mera liberalidad, que se ubican en la arbitrariedad, es decir, aquellos que tendrían cabida en el derecho privado, pero que por la naturaleza de los recursos públicos y el especial deber de preservación de los mismos están excluidos en el derecho público. De esta manera, se propondrá una interpretación del primer inciso del artículo 355, de manera que su alcance se derive del contenido específico que deberían adquirir los auxilios y las donaciones en el ámbito público.

Para redefinir el contenido del artículo 355 es necesario primero definir qué debe entenderse por auxilio y por donación. Según se indicó, la donación es una institución con contenido propio en el derecho privado, por lo que la determinación del contenido del artículo 355 constitucional debería partir de su análisis. En este sentido, el Código Civil contempla tres clases de donación, a saber: las donaciones revocables o por causa de muerte, las donaciones irrevocables o entre vivos y las donaciones por causa de matrimonio; no obstante, solo la donación entre vivos cobra relevancia en el estudio del artículo constitucional. Aquella está definida como un acto por el cual una persona transfiere, gratuita e irrevocablemente, una parte de sus bienes a otra persona que los acepta. En esa medida, puede entenderse que el artículo 355 se refiere a la transferencia gratuita e irrevocable de recursos públicos, es decir sin que se genere contraprestación a favor del Estado y a cargo del beneficiario, a una persona natural o jurídica de derecho privado que implica la disminución del patrimonio del Estado y el consecuente aumento del patrimonio del particular por la obtención de un ingreso. Recurrir al derecho privado, para darle un contenido al instrumento de la donación (como contrato), es válido en la medida en que el Estado, y más concretamente la administración pública, está legitimada para acudir a herramientas bien sea del derecho privado o bien sea del derecho público, siempre que se no se contraríen imperativos normativos y que se persiga la satisfacción o gestión de intereses públicos.

Desde la perspectiva de la relación entre el derecho administrativo y el derecho privado, la interpretación de la “donación” prohibida sería, precisamente, aquella propia del derecho privado, es decir, por mera liberalidad. En otras palabras, la prohibición no está dirigida a todas las donaciones, sino solo a aquellas cuya forma y contenido sean las propias del derecho privado, es decir, cuando obedezcan a la mera liberalidad del donante. Entonces, las ramas del poder público no podrán recurrir al contrato de donación regulado en normas de derecho común (Código Civil) de manera pura y simple, es decir, solo les estará permitido donar cuando, satisfaciendo requisitos de forma y fondo propios del derecho público, se evidencie la exclusión de cualquier viso de arbitrariedad o de mera liberalidad.

Esta idea se fundamenta en considerar al derecho administrativo como un conjunto normativo conformado por normas no solo de derecho público, sino también de derecho privado⁸¹. En el cumplimiento de los fines estatales se puede recurrir tanto a instrumentos propios del derecho privado como a los propios del derecho público; se trata de una libertad limitada⁸², pues se podrá recurrir a los mecanismos de derecho privado siempre que se adecuen a las exigencias formales y materiales de la gestión de intereses públicos. Para lo que interesa a la investigación, ello supone que no se podrá hacer uso simple y puro de la “donación” del derecho privado, pero sí que se podrá partir de ella y adicionarle los elementos que excluyan cualquier viso de arbitrariedad o de mera liberalidad.

En relación con los auxilios, es relevante anotar que no cuentan con un soporte normativo específico ni en derecho público ni en derecho privado; por ello, se debe partir de su concepto castizo, y este es, según la RAE “*ayuda, socorro o amparo*”. Se puede observar que tiene un contenido y alcance bastante amplio y, tal como se desprende de las consideraciones de la jurisprudencia constitucional, se podría enmarcar en la obligación del Estado de socorrer o ayudar, que se deriva de su calificación como Estado “social”; cláusula que a su vez radica en los administrados el derecho de recibir dichos auxilios. No obstante, es necesario dotar de contenido la expresión auxilio, y sobre la base de los desarrollos jurisprudenciales, puede afirmarse que la definición de auxilio desborda la asignación de recursos públicos sin contraprestación para convertirse en la asistencia o ayuda estatal sin contraprestación directa, con carácter monetario o no, perfeccionada a través de transferencias de recursos públicos, directas o indirectas, y por tanto siempre generadoras de un beneficio económico que puede tomar la forma de ingreso, ausencia de gasto o la liberación de un prestación.

Este alcance amplio del auxilio impediría que se burle la exigencia del cumplimiento de requisitos que determinan el contenido que adquieren los auxilios en el derecho público, con el pretexto de que no se trata de una transferencia directa de recursos públicos al particular.

⁸¹ “El Derecho Administrativo no es solo Derecho Público, sino también, y en gran medida, Derecho Privado”. Cfr. SCHMIDT ASSMANN, Eberhard. Cuestiones Fundamentales sobre la reforma de la Teoría General del Derecho Administrativo. En: AA.VV. Innovación y reforma en el Derecho Administrativo. Sevilla, España: Global Law Press- Editorial Derecho Global, 2º ed., 2012, p. 38.

⁸² Ibidem, p. 38 y s.s.

De esta manera, podrían considerarse como auxilios, por ejemplo, las condonaciones de capital que pretendan hacer las entidades estatales.

Como corolario de lo anterior, los conceptos de auxilio y donación podrían verse desde una óptica de género-especie. La donación implicaría siempre la disminución del patrimonio del donante, esto es, un empobrecimiento efecto del mismo y el consecuente aumento en el patrimonio del donatario, es decir, el correlativo enriquecimiento del donatario, en tanto que el auxilio no debe implicar siempre el aumento del patrimonio del auxiliado, pero sí le genera un beneficio cuantificable en dinero.

Una vez definidos los conceptos esenciales del artículo 355, es posible esclarecer entonces el régimen de los auxilios y donaciones en el derecho público. En la labor hermenéutica, y sobre la base de los desarrollos jurisprudenciales, se podría concluir que la norma constitucional estudiada no prohíbe ni los auxilios ni las donaciones, sino que les imprime un contenido diferente, de tal manera que excluye a aquellos que carezcan de un soporte constitucional, es decir, aquellos que se llegaren a efectuar por mera liberalidad (arbitrariedad). Este soporte constitucional se identifica con las obligaciones materiales del Estado colombiano, a saber: la creación de incentivos para personas e instituciones que desarrollen y fomenten la ciencia y la tecnología y las demás manifestaciones culturales y el ofrecimiento de estímulos especiales a personas e instituciones que ejerzan estas actividades, el deber del Estado de promover el acceso progresivo a la propiedad de la tierra de los trabajadores agrarios, etc.

Esta consideración permite colegir que el artículo 355 no tiene como objetivo prohibir los auxilios y donaciones sino dotarlos de un contenido propio en el derecho público. Como refuerzo de ello, puede observarse que en los dos pronunciamientos en los que la Corte Constitucional ha pretendido esquematizar los requisitos que debe cumplir un auxilio o donación para ajustarse a la Constitución Política, ha coincidido en la necesidad de satisfacción de dos supuestos formales, primero, el principio de la legalidad del gasto y, segundo, la necesidad de su previsión en la Ley del Plan, que en realidad son desarrollo de

otras normas constitucionales y no denotan una prohibición sino un contenido particular de los auxilios y donaciones de recursos públicos a particulares.

En relación con el primero, su fundamento se encuentra en los artículos 345 y 347 de la Constitución Política, siendo además un pilar del modelo democrático de Estado, porque se erige como un medio de control del Congreso al Ejecutivo, que es el principal ejecutor del presupuesto, de tal suerte que solo puede efectuar los gastos que se encuentran apropiados en la ley anual de presupuesto y, por tanto, se asegura que el gasto público sea producto de una discusión democrática. No obstante, este principio no puede constituirse como una característica propia de las excepciones a la prohibición constitucional de decretar auxilios o donaciones a particulares, más bien es un límite que se proyecta sobre toda asignación de recursos públicos. Esto es, aunque la Corte Constitucional haya dicho que de no respetarse el principio de legalidad del gasto se incurre en la prohibición, en realidad cualquier asignación de recursos públicos que no se encuentre en la ley anual de presupuesto no puede ejecutarse. Pareciera, entonces, que el significado que pretende dársele a la prohibición es de exigencia positiva, en el sentido de que los auxilios deben respetar el ordenamiento jurídico porque, en caso contrario, un “auxilio” que no lo respete incurriría en la prohibición. Es decir, se entiende que esta última se convirtiere en una reafirmación de la legalidad que debe rodear las actuaciones públicas.

Igualmente, no todo auxilio o donación implica una erogación o un gasto público que deba ser apropiado en la ley anual de presupuesto, porque, como fue demostrado en el capítulo anterior, y según fue reconocido en uno de los pronunciamientos jurisprudenciales, se ha permitido excepcionar la norma a través de donaciones de bienes fiscales para fines de vivienda de interés social; por ello debe entenderse que solo cuando el auxilio o donación constituya gasto público, una efectiva erogación, su no consagración en la ley de apropiaciones implicaría la violación del artículo 355 de la Constitución.

El segundo requisito aludido es el referido a que toda política del sector central debe estar contenida en el Plan Nacional de Desarrollo, o como fue planteado por la sentencia C-324 de 2009, la prohibición del artículo 355 se materializará cuando la asignación no se encuadre en

una política pública reflejada en el Plan Nacional de Desarrollo. Al respecto, se debe resaltar que este requisito es problemático por varias razones: la primera, es que pareciera sugerir que el destinatario de la autorización “excepcional” para otorgar auxilios o donaciones es el Gobierno Nacional, dejando por fuera otros niveles territoriales y la autonomía que la Constitución le otorga a ellos; segundo, desconoce que también pueden realizarse asignaciones presupuestales tendientes a reconocer derechos decretados en leyes anteriores, luego, bien podría el Gobierno realizar una asignación que si bien no está prevista en el Plan Nacional de Desarrollo sí se encuentra consignada en la ley anual de presupuesto por estar dirigida al cumplimiento de una ley preexistente. Luego, si bien la premisa es verdadera, no es un requisito general, aplicable a todos los casos o que caracterice todos los eventos en que se otorguen auxilios y, además, no es otra cosa que la materialización de lo dispuesto en el artículo 339 de la Constitución Política.

Ahora bien, si la norma lo que pretende es excluir la mera liberalidad y con ello establecer un régimen jurídico, diferente al del derecho común, a los auxilios y donaciones otorgados a particulares por las Ramas del Poder Público, es necesario definir cuál es el contenido del régimen particular o, en otros términos, cuáles son los filtros o requisitos que se imponen en el derecho público para que se entienda excluida la mera liberalidad de la gestión de los recursos.

Entonces, al sistematizar los requisitos jurisprudenciales que avalan la constitucionalidad de auxilios y donaciones, se podría colegir que, cualquier pretensión de otorgar un auxilio o donación deberá satisfacer dos filtros generales, consistentes en el cumplimiento de unos requisitos de fondo y otros de forma. Así, se requiere que el decreto de cualquier auxilio y/o donación satisfaga unos requisitos sustanciales, consistentes y englobables en la existencia del fundamento constitucional que habilite el decreto del auxilio (1) y que el mismo se revele como idóneo para el cumplimiento y satisfacción de los fines sociales consagrados en la Constitución Política (2). Como se deriva de la jurisprudencia, este fundamento constitucional no exige la existencia de una norma que específicamente señale que se autoriza el otorgamiento de un auxilio sino que basta que el auxilio esté destinado a desarrollar mandatos constitucionales expresos. De esta manera, se asegura que no se limiten los auxilios

a las normas constitucionales que señalen la obligación de otorgar subsidios o incentivos sino también a aquellas que consagren el deber de adoptar medidas encaminadas a financiar la satisfacción de derechos constitucionales de grupos o sectores constitucionalmente protegidos o de actividades que deben realizarse por mandato constitucional. Así, por ejemplo, el artículo 51 podría erigirse como un fundamento constitucional de un auxilio o donación porque a pesar de no consagrarlos expresamente sí impone al Estado la obligación de fijar las condiciones necesarias para hacer efectivo el derecho a la vivienda digna y promover planes de vivienda de interés social, sistemas adecuados de financiación a largo plazo y formas asociativas de ejecución de estos programas de vivienda.

Por su parte, la idoneidad de los auxilios y las donaciones está dirigida a asegurar que se genere una contraprestación, que no será directa, entendida como una prestación a cargo del beneficiario, sino para la sociedad en su conjunto, es decir, reportar un beneficio a los intereses públicos identificable claramente y, por supuesto, mayor que el costo que genera el auxilio. En este punto la donación adquiriría una característica propia de su concepción pública, ajena a aquella del derecho común, y es que aquella no es de carácter gratuito, en el sentido dado por el derecho privado⁸³, pues el instrumento sí que deberá reportar ventajas o beneficios para el Estado, no en términos de una contraprestación directa para este sino, como se indicó, un beneficio para la colectividad. Además, este beneficio identificable deberá tener en cuenta el orden de prioridad que la Constitución Política le impone al gasto público en el artículo 350, a cuyo tenor el gasto público social tendrá prioridad sobre cualquier otra asignación, de tal suerte que, en un país con necesidades básicas insatisfechas, los auxilios deben propender a disminuir las diferencias sociales.

A su turno, los requisitos formales son: 1) La existencia de una ley que al otorgar el auxilio determine su alcance, esto es, que se revele su finalidad, destinatarios y parámetros de asignación, de tal manera que se garantice la publicidad del mismo y la igualdad material, lo cual implica que en el proceso de asignación la entidad encargada deba atender los mismos principios, 2) Cuando el auxilio implique una erogación con cargo al tesoro, deberá respetarse

⁸³ La gratuidad en derecho común se predica cuando una sola de las partes procura a la otra una ventaja sin recibir cosa alguna a cambio. Al respecto, ver:

el principio de legalidad del gasto, de tal suerte que deberá ser incluida en la ley anual de presupuesto para poder ser ejecutada, en los términos explicados anteriormente y, por último, 3) en relación con las políticas públicas del sector central, cuando su ejecución suponga la asignación de recursos o bienes públicos por parte del Gobierno Nacional, deberá encontrarse en armonía con el Plan Nacional de Desarrollo y el gasto que corresponda al impulso de las políticas adoptadas en la parte general del Plan, deberá reflejarse en el Plan de Inversiones, 4) la donación pública, a diferencia de aquella de derecho común, no siempre estará precedida del proceso de formación de la voluntad que culmina en un contrato, formalmente considerado, pues la más de las veces se derivará directamente de la ley y, luego, podría ser perfeccionada a través de actos administrativos. Lo cual no implica desconocer que también puede ser perfeccionada a través de un contrato estatal, como en el caso de la modalidad contractual prevista en el inciso segundo del artículo 355, evento en el cual se deberán cumplir las formas propias que el ordenamiento ha dispuesto para su perfeccionamiento.⁸⁴.

Sumado a lo anterior, y como manifestación de la interpretación histórica de la norma constitucional, debe entenderse que el régimen de auxilios y donaciones en el derecho público implica la exclusión no solo de los auxilios a particulares que no encuentren fundamento constitucional sino también aquellos que se revelen como idóneos para desviar el poder a través del manejo de recursos públicos, como cuando el Ejecutivo incorpora partidas presupuestales con el fin de restarle independencia al Congreso e incluso ante la dificultad de acreditar la desviación de poder en el proceso legislativo, habrá mera liberalidad cuando se revelen elementos que permitan establecer la resurrección de los auxilios parlamentarios, tales como partidas de libre disposición por los congresistas.

En suma, el contenido de los auxilios y donaciones en el derecho público implica que no basta con el cumplimiento de los requisitos sustanciales señalados pues, además, se exige

⁸⁴ Cuando la donación se enmarque en un contrato estatal, el procedimiento de formación de voluntad será distinto al del derecho común. En efecto, la doctrina ha considerado la particular forma en que se perfeccionan los contratos estatales no se reduce al momento de la suscripción del contrato, pues las tratativas (etapa precontractual) están llamadas a ir moldeando el consentimiento de las partes. Ello explica que la doctrina haya afirmado que, a efectos del perfeccionamiento del contrato, el consensualismo, propio del derecho común, ha cedido espacio a la exigencia de ritualidades específicas, en el derecho administrativo, las cuales constituyen presupuestos de existencia del contrato. Ver: EXPÓSITO VÉLEZ, Juan Carlos. Forma y contenido del contrato estatal. Bogotá: Universidad del Externado de Colombia, 2013.

que el decreto de cualquier auxilio y/o donación satisfaga unos requisitos de forma, de tal suerte que solo la suma de ellos permitirá el otorgamiento de los mismos. Esto es así porque el deber especial de preservar los recursos públicos impone la obligación de gestionarlos de forma diferente a como lo harían los particulares, de tal manera que este deber no persigue conservar los recursos en las arcas del Estado sino asegurar la gestión adecuada de los mismos, que solo podrá ser entendida en el marco de cumplimiento de los fines que la Constitución Política pone en cabeza del Estado, pero que implican un control acentuado cuando se trate de ayudas públicas sin contraprestación directa por el riesgo de constituirse en fuente de corrupción, como bien lo ha indicado la historia.

Así las cosas, luego de deconstruir la prohibición contenida en el artículo 355 de la Constitución Política y de redefinir su contenido, es necesario pasar a ubicar los auxilios y donaciones permitidas en el universo del derecho administrativo, entendiendo este como el conjunto normativo que rige la ejecución de la función administrativa. Esto porque en el ordenamiento jurídico colombiano será la administración pública y la rama ejecutiva los sujetos encargados de materializar dichos instrumentos y, por tanto, desde una perspectiva sistemática, lo hasta aquí expuesto debería servir a la tarea legislativa, a la praxis administrativa y judicial y, en suma, servir de soporte teórico para futuros acercamientos a los auxilios y donaciones permitidos/prohibidos.

2. La acción de la Administración Pública: los auxilios como principal instrumento de la actividad de fomento

La definición del objeto de estudio del Derecho Administrativo no ha sido un asunto pacífico en la doctrina. Si bien, desde su originaria concepción teórica, se circunscribió a una visión orgánica, ligada a la administración pública⁸⁵, pues se entendió que la existencia de un régimen jurídico diverso del tradicional (derecho común) se justificaba porque la Administración Pública bien prestaba servicios públicos⁸⁶ o bien detentaba prerrogativas del

⁸⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo*, v.1, 5° ed. Madrid: Civitas, 1995, p.23.

⁸⁶ “Duguit, considerado el “gran teórico” del servicio público, presentó toda una nueva concepción del Estado a partir de sus estudios de derecho constitucional, de enorme trascendencia para el derecho administrativo y

poder público⁸⁷, las transformaciones sociales que devinieron en nuevos modelos de Estado y la forma en que el Derecho Administrativo ha fluctuado con ellos, ha significado una redefinición del objeto de estudio de este último.

En ese contexto, para efectos de esta investigación se acogerá la definición del profesor Montaña, que superó la premisa tradicional del Derecho Administrativo como el Derecho de la Administración Pública, para dar paso a una concepción en la que este subsistema normativo tiene como objeto la función administrativa, desligándola de su referente subjetivo, es decir, sin definirla como una actividad desarrollada por la administración pública y de manera excepcional por otras instancias públicas o por particulares sino como “...un conjunto de actividades particulares, disímiles entre sí, pero diversas de aquellas generales de estado y particulares propias de la función judicial y legislativa, que dan desarrollo directo a las finalidades del estado, consagradas de manera positiva en la Constitución Política, que pueden ser desarrolladas por distintos sujetos de derecho, habilitados para ello, con el respeto y el cumplimiento del ordenamiento jurídico superior.”⁸⁸ De esta manera, sin quitarle toda utilidad a las concepciones subjetiva (ligada con la naturaleza del sujeto) u objetivas (ligadas con el ejercicio del poder público), esta concepción las integra, poniendo el énfasis en los fines⁸⁹ perseguidos por el subsistema normativo.

En línea con esta definición, puede afirmarse que el Derecho Administrativo es autóctono, responde a las particularidades de cada ordenamiento jurídico y, por ello, la función

anunció a partir de estas reflexiones la consiguiente “transformación del derecho público”>> <<...Los otros doctrinantes, y de modo principal, Gaston Jéze, en cambio, han focalizado más sus estudios en el derecho administrativo, de modo independiente respecto de consideraciones sociopolíticas y, por el contrario, conciben esta disciplina desde una perspectiva eminentemente jurídico-positiva que goza de autonomía e independencia con relación al derecho común, justamente a partir del reconocimiento de unas finalidades estatales traducidas en actividad de servicio público por parte de la Administración”. MONTAÑA PLATA, Alberto. *El concepto del servicio público en el derecho administrativo*. 2º ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 134-135.

⁸⁷ En ese sentido: HAURIUO, Maurice. *Précis de droit administratif*, 15ºed. París: Sirey, 1933.

⁸⁸ MONTAÑA PLATA, Alberto. *Fundamentos de Derecho Administrativo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010, p. 24.

⁸⁹ Esta perspectiva teleológica también ha sido acogida en otros ordenamientos, como el mexicano, donde se afirma que, en la definición del derecho administrativo, pareciera que históricamente se ha dejado de lado la finalidad que debe perseguir. Ver: BÉJAR RIVERA, Luis José. El concepto de derecho administrativo: una visión teleológica. En: AFDUDC, N. 14, La Coruña: Universidad de Coruña, 2010, p. 226.

administrativa, como objeto de éste, es una abstracción pues su contenido o su concreción dependerán de las finalidades dispuestas en la Constitución Política de cada país. Las cuales, a su vez, estarán atribuidas a actividades administrativas concretas, que llenan de contenido el concepto de función administrativa; es decir, el conjunto de actividades catalogables como administrativas tendrán como común denominador la satisfacción de las finalidades constitucionales. A su turno, la identificación de las actividades administrativas en un ordenamiento jurídico dependerá de la positivización normativa de competencias, deberes y obligaciones en relación con dichas finalidades, es decir, la existencia o no de una actividad administrativa deberá derivarse de un soporte normativo pues, se reitera, ellas están al servicio de los fines estatales, que solo pueden identificarse en la Constitución, en función del modelo de Estado que cada ordenamiento jurídico adopte.

En ese orden de ideas, en el análisis teórico de cualquier institución se podrá recurrir a las construcciones, igualmente teóricas, realizadas por la doctrina comparada, pero su estudio no podrá limitarse al traslado automático de instituciones foráneas⁹⁰, pues será necesario su estudio a la luz del ordenamiento positivo para determinar si es aplicable a las actividades administrativas nacionales. Es por esto que, primero, se realizará un estudio de la actividad administrativa de fomento como ha sido entendida en otros países para, enseguida, analizar si en nuestro ordenamiento jurídico existen manifestaciones del mismo y si los auxilios pueden llegar a estar incluidos dentro de su espectro.

En este sentido, y dado el origen que se le atribuye al derecho administrativo, es necesario referenciar como la doctrina francesa tradicional ha ubicado las actividades desarrolladas por las administraciones públicas dentro de dos grandes categorías: el servicio público y la policía administrativa⁹¹. Sin embargo, se ha reconocido que dichas categorías son insuficientes para

⁹⁰ Al respecto, la crítica doctrinaria en el sentido de reconocer en el derecho latinoamericano la patología de los trasplantes y adopciones irreflexivas de teorías jurídicas foráneas, dificultando la realización de comparaciones reales. Ver: LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. *Teoría impura del derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*. Bogotá: Universidad de los Andes – Legis, 2008.

⁹¹ Si bien las administraciones públicas realizaron primero actividades relacionadas con el mantenimiento de la seguridad que se identifican con la actividad de policía administrativa, la doctrina construyó primero la teoría del servicio público e incluso la doctrina clásica francesa consideró que la policía era un derecho de las administraciones públicas que le permitía prestar los servicios públicos y no una actividad administrativa particular. Ver: MONTAÑA PLATA, Alberto. *Fundamentos... Ob. cit* p. 134-135.

explicar el quehacer de la Administración Pública y, por tanto, con base en la lógica expuesta anteriormente, se han identificado otras actividades administrativas que concurren a la satisfacción de las finalidades estatales; ese es el caso de la actividad económica (industrial y comercial) de la administración⁹², de las actividades de regulación, intervención del Estado en la economía o fomento⁹³. Es en esta lógica que “...la doctrina ha reconocido una tercera clase de actividad administrativa, que corresponde a la «ayuda de la administración a las actividades privadas de interés general», que parte de la base del reconocimiento de casos en los cuales la administración apoya las actividades de los particulares que son de interés general, manteniendo el carácter puramente privado de ellas y sin convertirlas en servicios públicos”.⁹⁴ A su vez, en el derecho español, a mediados del siglo XXI, gracias a un artículo de Luis Jordana de Pozas, se empezó a identificar el fomento como una nueva forma de acción de la administración con un contenido propio, distinto al de la policía administrativa y el servicio público, y digno de una consideración individual⁹⁵.

Así, el fomento entendido como una actividad administrativa ha tenido desarrollo en la ciencia jurídico-administrativa española, aunque ha sido cuestionado desde sus orígenes. Por su parte, la comunidad científica del derecho en Colombia, si bien ha reconocido la existencia del mismo, ha dejado su estudio a la luz del ordenamiento jurídico colombiano como una tarea pendiente.

Uno de los doctrinantes colombianos que hace referencia a la actividad de fomento afirma que:

⁹² Cuyo análisis teórico y origen podría estar determinado por el “fallo de la sociedad comercial del oeste africano”, del Tribunal de Conflictos francés, proferido el 21 de enero de 1921, de la cual se derivó que la administración pública también ejercía actividades en el mercado, a semejanza de los particulares. De esa constatación surgió, en Francia, la actividad de servicios públicos industriales y comerciales. AA. VV. Los grandes fallos de la jurisprudencia administrativa francesa. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional, 2009, p. 145 y ss.

⁹³ En este sentido, ver el capítulo séptimo de: SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. *Compendio de Derecho Administrativo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2017.

⁹⁴ RODRÍGUEZ, Libardo. “La actividad administrativa fomento”, en *Curso de derecho administrativo iberoamericano*. España: Instituto Nacional de Administración Pública, 2015, p. 387.

⁹⁵ ARMIJO BUENO, Antonio. *El concepto de subvención en el ordenamiento jurídico español*. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia, 2013, p. 17.

“La actividad de fomento resulta particular e inherente al ejercicio de la actividad administrativa en cuanto implica el desarrollo concreto y efectivo de las políticas de presencia estatal en la promoción del desarrollo social y la generación de oportunidades económicas propias de todo Estado social de derecho. El fomento no se materializa de manera exclusiva en la asunción de responsabilidades industriales y comerciales directamente por las entidades administrativas, sino también en economías de mercado como las actuales en la generación de todos los mecanismos propicios para impulsar la iniciativa privada y fortalecer a la misma. El fomento se materializa a través de la adopción de medidas económicas como primas, subvenciones, desgravaciones fiscales, empréstitos, líneas de crédito, incentivos a la industria, al comercio, y así mismo en decisiones de carácter jurídico a través del otorgamiento de concesiones, privilegios, explotaciones, y operaciones por los sujetos particulares. Hace parte del fomento igualmente la intervención necesaria del Estado en la economía y el mercado con el fin de evitar que los principios y reglas propias de estas actividades sean desbordadas por sus actores generando el caos a través de la ruptura de la libertad y de la competencia leal propiciando condiciones para el desarrollo económico y social a través del estímulo positivo a la iniciativa privada.”⁹⁶

Entonces, la amplísima extensión del contenido que en nuestra doctrina se le asigna a la actividad de fomento impide su delimitación clara y, correlativamente, imposibilita su diferenciación con las demás actividades administrativas. En efecto, señalar que las actividades económicas (industriales y comerciales) de la Administración Pública son actividad de fomento es una afirmación, por lo menos, controvertible, pues dicho tipo de actividades tienen unas características distintas a las de incentivar comportamientos beneficiosos para el interés general, dado que a través de ellas el Estado interviene en la economía, y no sobre ella, es decir, como un agente económico e incluso su comprensión como actividad administrativa, parte de la función administrativa, no ha sido pacífica por cuanto su objeto no encuentra una relación directa con los fines estatales, máxime cuando

⁹⁶ SANTOFIMIO, Jaime Orlando. *Tratado de derecho administrativo*. Tomo I. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia, 3^oed., 2003, p. 41.

actúan en escenarios de competencia⁹⁷. Por el contrario, la actividad de fomento puede ser categorizada como una de las manifestaciones de la intervención del Estado sobre la economía, pues la Administración Pública no será una agente participe del mercado. Sumado a ello, la función relacionada con la evitación de desbordamiento de los principios y reglas de las actividades económicas, por parte sus actores, con el fin de proteger la libertad y propiciar la competencia leal, parece corresponderse mejor o ser más propio del contenido de la policía administrativa en su faceta de aseguramiento del orden público económico.

Lo anterior constituye una justificación adicional para adelantar el acercamiento al contenido de la actividad de fomento a través de los desarrollos y definiciones elaboradas en el marco del estudio doctrinal extranjero.

Pues bien, importantes autores como Luciano Parejo han definido el fomento como “...*la actividad administrativa dirigida a conseguir, mediante medios indirectos y no imperativos, la autoordenación de la actividad privada, de la acción de los ciudadanos o particulares, en función de fines y objetivos de interés público fijados a la Administración*”⁹⁸ De esta definición pueden extraerse los principales elementos que las diferencian de otras actividades administrativas. En primer lugar, el fomento se concreta a través de medidas no impositivas, de tal suerte que no se obliga a los actores privados a realizar determinado comportamiento sino que se incentiva el mismo, lo cual lo diferencia de la policía administrativa y, en segundo lugar, la administración pública no asume una actividad prestacional. Lo anterior no significa que la actividad administrativa de fomento no encuentre escenarios de interacción con otras actividades administrativas. Ahora bien, dentro de los medios para concretar la actividad administrativa de fomento se han identificado los llamados “medios económicos”, y están compuestos por los medios reales o ayudas en especie, los medios fiscales, los medios crediticios y los medios económicos en sentido estricto –subvención, primas, y subsidios-⁹⁹.

⁹⁷ Para efectos de acercarse a la discusión sobre si las actividades económicas desarrolladas por las administraciones públicas deben o no concebirse como función administrativa ver: MONTAÑA PLATA, Alberto. *Fundamentos... Ob. cit.*, p. 152-161.

⁹⁸ AA. VV. *Manual de Derecho Administrativo*. 3ª edición, Luciano Parejo Alfonso (coord.), Madrid: Ariel, 1994, p. 428.

⁹⁹ RODRÍGUEZ, Libardo. *La actividad... Ob. cit.*, p. 397.

Aterrizando al estudio de esta actividad en el ordenamiento jurídico colombiano, *a priori*, podría afirmarse que, con la consagración del artículo 355 de la Constitución Política, la actividad administrativa de fomento en nuestro ordenamiento jurídico encuentra un fundamento positivo, pero quedó reducida a la autorización que el inciso segundo del mismo le otorgó al Gobierno, en los niveles nacional, departamental, distrital y municipal para celebrar contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el Plan Nacional y los planes seccionales de Desarrollo. Sin embargo, *a posteriori*, tal como fue demostrado a lo largo de esta investigación, ni los auxilios ni las donaciones están proscritos, más bien, adquieren un contenido distinto en el derecho público y, en esa medida, estos medios económicos, como técnica de fomento, sí tienen cabida en nuestro orden constitucional. Por tanto, el artículo 355 sí constituye una fuente constitucional de la actividad de fomento, en el sentido que obliga a todos los actores a excluir aquellos auxilios y donaciones, concebidos como instrumentos de fomento, en aquellos eventos en que obedezcan a la mera liberalidad o a la arbitrariedad de las ramas del poder público.

A pesar de lo anterior, en el ordenamiento jurídico colombiano no existe una elaboración legal¹⁰⁰ o doctrinaria de la categoría que mayor relevancia ha adquirido dentro de los medios económicos de fomento, esto es, la subvención, en tanto que, en España, ha sido considerada “una verdadera institución jurídica-administrativa”¹⁰¹, a tal punto que existe una Ley General de Subvenciones que le otorga un régimen jurídico propio, la Ley 38 de 2003. Así, la subvención se ha entendido como la entrega de una suma de dinero a favor de personas públicas o privadas, sin contraprestación directa de los beneficiarios, afectada a un interés público y realizada por la administración pública¹⁰².

¹⁰⁰ A pesar de que el legislador no ha desarrollado un concepto de subvención en Colombia, mediante la Ley 1474 de 2011, adicionó al Código Penal el tipo penal denominado fraude a subvenciones, a cuyo tenor: “*el que obtenga una subvención, ayuda o subsidio proveniente de recursos públicos mediante engaño sobre las condiciones requeridas para su concesión o callando total o parcialmente la verdad, incurrirá en prisión de cinco (5) a nueve (9) años, multa de doscientos (200) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas de seis (6) a doce (12) años. Las mismas penas se impondrán al que no invierta los recursos obtenidos a tra-vés de una subvención, subsidio o ayuda de una entidad pública a la finalidad a la cual estén destinados.*”

¹⁰¹ ARMIJO BUENO, Antonio. *El concepto de subvención.... Ob. cit.*, p. 50

¹⁰² La Ley General de Subvenciones dispuso:

“Artículo 2.- “1. Se entiende por subvención, a los efectos de esta ley, toda disposición dineraria realizada por cualesquiera de los sujetos contemplados en el artículo 3 de esta ley, a favor de personas públicas o privadas, y

Sin embargo, la jurisprudencia colombiana sí ha procurado darle contenido a la subvención en nuestro ordenamiento jurídico. En efecto, la calificó como el instrumento jurídico típico de la actividad administrativa de fomento y determinó los elementos que la caracterizan, a saber: *“i) es una prestación generalmente expresada en dinero; ii) el sujeto activo es el Estado o una persona de derecho público; iii) el sujeto pasivo es otra persona jurídica de derecho público, un particular que ejerza funciones administrativas por disposición de la ley o un particular que realice actividades que puedan ser identificadas con una finalidad de interés general, no pueden tener, por lo tanto, como objetivo principal, directo e inmediato el enriquecimiento del beneficiario, aun cuando indirectamente afecte de manera positiva su patrimonio; iv) no tiene el carácter de contraprestación por un servicio prestado, lo que la excluye de toda consideración contractual; v) los dineros percibidos deben ser utilizados para el fin de interés general para el cual se otorga el referido beneficio.”*¹⁰³

Como puede observarse, la comprensión de la figura de la subvención dista de la elaboración española, principalmente porque la jurisprudencia colombiana admite la posibilidad de que la subvención no se trate siempre de una disposición dineraria, esto es así, según lo expuesto en la sentencia, porque se entienden comprendidos dentro de esta categoría todas las ayudas que el legislador haya denominado como subsidios, así por ejemplo, el subsidio familiar creado por la ley 21 de 1982, como una prestación pagadera en dinero, especie y servicios a los trabajadores de medianos y menores ingresos, es utilizado como fundamento de la afirmación según la cual las subvenciones no siempre consisten en la entrega de dinero. No obstante, se encuadra dentro del concepto de auxilio esbozado.

Los elementos que identifica la jurisprudencia nos conduce inexorablemente a la pregunta de si podría existir diferencia entre los subsidios y las subvenciones. En efecto, los subsidios

que cumpla los siguientes requisitos: “a) Que la entrega se realice sin contraprestación directa de los beneficiarios. “b) Que la entrega esté sujeta al cumplimiento de un determinado objetivo, la ejecución de un proyecto, la realización de una actividad, la adopción de un comportamiento singular, ya realizados o por desarrollar, o la concurrencia de una situación, debiendo el beneficiario cumplir las obligaciones materiales y formales que se hubieran establecido. “c) Que el proyecto, la acción, conducta o situación financiada tenga por objeto el fomento de una actividad de utilidad pública o interés social o de promoción de una finalidad pública”.

¹⁰³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 20 de mayo de 2013. Radicación número: 25000-23-26-000-2010-03126-01(AP). M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

pueden identificarse con un carácter social puesto que se otorga en razón de las condiciones particulares de la persona sin que se pretenda el cumplimiento de unos fines distintos a los de auxiliar a las personas de menores ingresos en cumplimiento de los presupuestos de igualdad material y solidaridad que imponen la cláusula del Estado Social de Derecho; ejemplo de ellos serían los subsidios familiares de vivienda consagrados en la Ley 1415 de 2010 para la población rural afectada por desastres naturales, calamidad pública o emergencia, o con viviendas en zonas de alto riesgo o los subsidios a la tercera edad. Por su parte, la subvención reviste un elemento imprescindible que es la afectación a un fin toda vez que se espera del administrado la realización de una actividad que conviene al interés público; un ejemplo de subvención es el apoyo económico directo, creado por la Ley 1133 de 2007 (creadora del programa Agro Ingreso Seguro), y concebido como un incentivo que ofrece el Estado sin contraprestación económica para promover la competitividad en el marco de la internalización de la economía, pero cuya continuidad se condicionaba al cumplimiento por parte de los productores de los compromisos de desempeño, que en materia de competitividad establezca el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural.

En línea con lo expuesto, en el derecho comparado, algunos doctrinantes han considerado que deben excluirse del concepto de subvención las atribuciones patrimoniales que no estén afectadas a un fin. En concreto, se ha afirmado *“...se excluyen todo un amplio conjunto de “ayudas” que bajo los términos de “auxilios”, “subsidios” e incluso, “subvenciones”, la Administración otorga a determinados particulares en atención a la situación objetiva en la que se encuentran, con un claro y marcado carácter social, de ayudas y prestación a los sectores de la sociedad más necesitados, [...] No son en realidad auténticas subvenciones en tanto que falla [...] el requisito de la afectación al concederse la ayuda sin vinculación alguna del beneficiario a tener que dar un determinado destino a lo percibido o cumplir una determinada acción de interés general. En estos casos el interés público que justifica el beneficio atribuido reside en la propia consideración personal de la persona [sic] o institución que lo percibe, sin perseguir ninguna otra finalidad que la de “socorrer”, “ayudar” a los más necesitados”*¹⁰⁴

¹⁰⁴ FERNANDEZ FARRERES, Germán. *La subvención: concepto y régimen jurídico*, cit., nota 214 en pp. 234-236. Citado en: ARMIJO BUENO, Antonio. *El concepto de subvención... Ob. cit.*, p. 50.

Sin embargo, en Colombia, al no existir un régimen jurídico diferenciado para la subvención y el subsidio, la determinación de las diferencias entre los conceptos no ha revestido una relevancia específica, y solo la adquirirá cuando sea útil como insumo al legislador para asumir la tarea pendiente de expedir una regulación integral sobre estos instrumentos de fomento. Por el momento, ambos conceptos se engloban en la categoría de auxilio, que en nuestro ordenamiento jurídico hace las veces de género para todos los instrumentos de fomento; lo cuales deberán revestir el contenido precisado en el acápite anterior, para así ajustarse a la Constitución Política y, en concreto, al contenido particular que esta les asigna a los auxilios en el derecho público.

Finalmente, y como muestra adicional de que en el ordenamiento jurídico colombiano la ejecución de la función administrativa no se reduce a actividades de policía administrativa o de servicio público, se trae a colación la ley 814 de 2003, la cual tiene como objetivo adoptar medidas de fomento tendientes a propiciar un desarrollo progresivo, armónico y equitativo de cinematografía nacional y, en general, promover la actividad cinematográfica en Colombia y para ello encarga al Ministerio de Cultura la tarea de otorgar los estímulos e incentivos contemplados en la ley para los fines indicados. No podría afirmarse que, en desarrollo de esta labor, el Ministerio, como órgano del sector central de la Rama Ejecutiva y, en consecuencia, integrante de la Administración Pública, esté prestando servicios públicos o ejerciendo una actividad de policía. Sin duda, se trata de una actividad distinta que puede identificarse con la elaboración doctrinaria de fomento.

En suma, como se ha visto, tal como fueron definidos los auxilios en la presente investigación, además de evidenciar que materialmente se pueden enmarcar en la actividad administrativa de fomento, en la medida que están destinados a satisfacer finalidades que se corresponden con las atribuidas a dicha actividad, es posible afirmar que los auxilios se erigen como el principal instrumento de fomento. Todo sobre la base de que esta actividad es identificable en nuestro ordenamiento jurídico, pues existe un fundamento normatividad identificable, esto es, se deriva de las múltiples normas que consagran incentivos o ayudas que, por constituir una actividad promocional, y no prestacional ni policiva, no podrían

enmarcarse dentro de las tradicionales actividades de servicio público y policía administrativa.

Esta propuesta espera poder contribuir a la comprensión del derecho administrativo como idea ordenadora, es decir, no solo como un conjunto de normas positivas, sino como un subsistema normativo que se compone de una parte teórica (Derecho administrativo general) y de una parte positivizada normativamente (Derecho Administrativo especial) que deben estar en constante retroalimentación y actualización¹⁰⁵. Entonces, las ideas acá esbozadas podrán contribuir a la satisfacción de las funciones atribuidas a la lógica sistémica del derecho administrativo¹⁰⁶, en la medida en que podrán servir de auxilio a la práctica judicial y la práctica administrativa, porque al constituir un acercamiento a los auxilios y donaciones permitidos/prohibidos servirán como insumo para la solución de las situaciones futuras que se les presenten; podrán servir de instrumento de acercamiento a estas instituciones al servicio de la política legislativa; y brindarán, en suma, desde una perspectiva dogmática, argumentos para procurar soluciones coherentes y respetuosas con la lógica de todo el sistema administrativo, a las distintas situaciones, concretas y singulares, en donde se encuentren inmersos auxilios o donaciones.

¹⁰⁵ SCHMIDT ASSMANN, Eberhard. *La teoría general del derecho administrativo como sistema. Objeto y fundamentos de la construcción sistémica*. Traductores varios. Madrid-Barcelona: Marcial Pons. 2003, p. 10 a 15.

¹⁰⁶ Las funciones son: función de auxilio para la práctica judicial y administrativa, función dogmática y función política. Para profundizar sobre su contenido, ver: *Ibidem*, p. 5 a 9.

CONCLUSIONES

El aparato de conclusiones, que se expondrá a continuación, pretende revelar el hilo conductor que permitió arribar a la solución del problema jurídico que suscitó la investigación, esto es, si las Ramas del Poder Público tienen prohibido en Colombia otorgar auxilios y donaciones a personas, naturales o jurídicas, de derecho privado. Cuya respuesta, puede condensarse de la siguiente manera: las Ramas del Poder Público no tienen prohibido otorgar auxilios y donaciones a personas naturales y jurídicas de derecho privado pero sí tienen la obligación de cumplir con el contenido particular que estos adquieren en el derecho público.

El referido hilo conductor es el siguiente:

1. Existe un soporte histórico y jurídico por el cual a las Ramas del Poder Público les está prohibido otorgar auxilios y donaciones a particulares.

Con el pasar del tiempo se fue asentando un ejercicio indebido de la competencia de fomento dirigida a empresas útiles y benéficas otorgada por la Constitución Política de 1886 al Congreso de la República, y ampliada posteriormente a las Asambleas Departamentales y Concejos Municipales. Ello suscitó en el país una crisis institucional por la fuga de recursos públicos, que dejaron de ser gestionados conforme a los postulados que emanan del interés público para satisfacer intereses particulares. Es por esta razón que, en el orden de necesidades que debía atender la Asamblea Constituyente de 1991, la erradicación de los auxilios parlamentarios se ubicaba como prioritaria y demandaba una medida que se revelara contundente, primero, para poner fin a la malversación de los recursos públicos que alcanzaba cifras alarmantes en aquella época y, segundo, para evitar que en el futuro volviera a surgir una práctica tan nociva para la institucionalidad colombiana.

En el contexto anterior, se decidió que el mecanismo idóneo para el cumplimiento de los fines enunciados era la creación de un artículo que ubicara en el nivel constitucional la prohibición de los auxilios parlamentarios. Sin embargo, esta solución, que se concretó en el

artículo 355 de la Constitución Política, excedió su propósito inicial porque se convirtió en una prohibición extensiva a todas las Ramas del Poder Pública y a todas las donaciones o auxilios a personas naturales y jurídicas de derecho privado, dejando como posibilidad que el Gobierno, en los distintos niveles, pudiera celebrar contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad para impulsar programas y actividades de interés público, acordes con el Plan Nacional o los planes secciones de desarrollo.

2. La estructura de la norma contenida en el artículo 355 constitucional permitiría colegir que la única habilitación para otorgar auxilios y donaciones es el contrato contenido en su inciso segundo.

La primera fuente a la que se debe recurrir para dar respuesta a un cuestionamiento jurídico relativo a las competencias de las Ramas del Poder Público es, sin duda alguna, la Constitución Política, que como se explicó, incluye una norma jurídica destinada a prohibir los auxilios y donaciones, producto de los graves antecedentes de corrupción en la gestión de auxilios por parte de parlamentarios y diputados. Sin embargo, la Carta está constituida por una multiplicidad de normas jurídicas de distinta naturaleza, cuya identificación permite determinar su forma de aplicación.

En este sentido, se concluyó que dentro de la teoría del derecho esta norma jurídica se ubica en el grupo de las reglas, cuyo método de aplicación es la subsunción. De este modo, se explica que la norma, interpretada como regla, se entienda compuesta por una prohibición general y una única excepción, referida a los contratos previstos en el inciso segundo de la disposición constitucional. Como consecuencia de ello, y acudiendo a la definición de donación en el derecho civil, cualquier transferencia gratuita –sin contraprestación directa– de bienes públicos a particulares, que implique una disminución del patrimonio estatal y un consecuente aumento del patrimonio del particular e incluso, debido al carácter indeterminado de la palabra auxilio, cualquier ayuda o socorro a un particular, se ubicarían en el supuesto de hecho de la regla y tendría como consecuencia inexorable la prohibición, salvo que se realizara en el marco de la habilitación contractual prevista para el Gobierno, en

sus distintos niveles. De allí que cobrara gran relevancia el estudio de las principales características del mismo.

3. La nueva regulación de los contratos previstos en el inciso segundo del artículo 355, con independencia de si es o no la única excepción a la prohibición podría desdibujar el propósito inicial de dichos contratos.

Ante la radical decisión de prohibir los auxilios y donaciones, la contratación especial prevista en el inciso segundo del artículo 355 se concibió como una posibilidad de salvaguardar la actividad benéfica por parte del Estado, consistente en la ayuda económica a entidades de reconocida idoneidad que dirigieran su actuar a atender las necesidades más apremiantes de la sociedad, siempre y cuando se observaran los controles impuestos tales como la necesidad de que el programa de la ESAL que se pretendiera impulsar estuviera acorde con los planes de desarrollo correspondientes. No se trataba entonces de que la entidad estatal requiriera el suministro bienes o la prestación de servicios para el cumplimiento de un programa suyo sino que se contrataba con una ESAL para impulsar un programa suyo que estuviera acorde con los planes mencionados.

Sin embargo, el Decreto 092 de 2017 introdujo la obligación para la entidad estatal de realizar un estudio de mercado para verificar que no exista oferta de los bienes, obras o servicios requeridos para la estrategia del plan de desarrollo distinta de la oferta que hacen las ESAL, lo cual podría analizarse como un cambio de lógica de la figura, por cuanto bajo la nueva reglamentación la entidad estatal primero identifica una estrategia o política del plan de desarrollo que pretende ejecutar, luego estudia la oferta existente en el mercado y si se cumplen las condiciones puede pensar en contratar con una ESAL. En otros términos, parece ser que ya no se trata de auxiliar a una entidad privada que necesite el apoyo estatal para impulsar un programa suyo que está acorde con los planes de desarrollo sino que se busca que la entidad estatal adquiera los bienes, obras o servicios que necesita para el cumplimiento de su propio programa, y dentro de las posibilidades de contratar podría hacerlo con una ESAL cuando no existan otras ofertas o existiendo, las de ellas representen la optimización de los recursos públicos en términos de eficacia, eficiencia, economía y manejo del riesgo.

4. Si bien la prohibición contenida en el artículo 355 puede ser interpretada como regla, ello desconocería la obligación de interpretación sistemática de la Constitución Política.

La interpretación derivada de la naturaleza del artículo 355 como una regla, con una prohibición general y una única habilitación, concretada en una única excepción, a través del instrumento contractual, implicaría la renuncia a la comprensión de la Constitución Política como una unidad normativa coherente y sistemática, que exige del intérprete, precisamente, la armonización de las distintas disposiciones. Es por ello que la resolución del problema jurídico, si bien podría centrarse en el artículo 355 visto una regla, no debería desconocer el carácter sistemático de la Constitución, es decir, la interpretación de la norma no puede ser aislada, pues en nuestro modelo constitucional, ninguna de sus normas se bastan por sí mismas.

Por esta razón, la Corte Constitucional asumió el estudio sistemático de las normas que interactuaban en casos concretos, referidos a temáticas que se enmarcaban en la prohibición contenida en el artículo 355 constitucional, con el fin de determinar su real alcance a partir, precisamente, del reconocimiento de la existencia de múltiples normas constitucionales que *prima facie* entraban en contradicción directa con la prohibición.

5. La interpretación sistemática de la Constitución, realizada por la jurisprudencia constitucional, si bien evidencia habilitaciones adicionales a la contenida en el inciso segundo del artículo 355, no permite determinar el alcance de las figuras de auxilio y donación.

La jurisprudencia constitucional permitió evidenciar que la resolución del problema jurídico no se agotaba en la identificación de una norma de la Constitución Política que prohibía el decreto de auxilios y donaciones a particulares por parte de las Ramas del Poder Público, porque se podían identificar múltiples postulados constitucionales que preveían figuras que podían reconocerse como donaciones o auxilios y, por tanto, se constituían como excepciones

válidas a la prohibición. Si bien, en un principio, dichas excepciones se circunscribieron a las normas constitucionales que expresamente señalaban la obligación del Estado de incentivar ciertas actividades u otorgar subsidios, con el tiempo las “excepciones” se fueron ampliando a tal punto que el fundamento constitucional exigido dejó de ser aquel mandato expreso, para darle paso a la inclusión de una multiplicidad de normas que de manera no solo directa, sino mayormente indirecta, permitían el otorgamiento de auxilios o donaciones.

Lo anterior, permitió concluir que, primero, las limitaciones al campo de acción de la norma constitucional estaban en constante aumento y, segundo, que tendencialmente la Corte Constitucional encontraba que una ley que disponía auxilios o donaciones a particulares se ajustaba a la Constitución Política, pese a ubicarse en el supuesto de hecho del artículo 355 que conllevaría a su prohibición. Esta realidad condujo a que las sentencias no tuvieran una posición clara acerca de la lectura de la norma constitucional, de tal suerte que en unas ocasiones se trataba como una prohibición, con multiplicidad de excepciones y, en otras, como un mandato dirigido a asegurar que las normas constitucionales que permitían los auxilios y donaciones cumplieran de manera adecuada con su función. A ello se sumó la falta de consistencia en la determinación de los requisitos que desproveían a los auxilios o donaciones de su carácter de prohibidos, es decir, que los avalaban sin contrariar la norma del artículo 355 constitucional.

6. Los auxilios y donaciones a particulares, por parte de las Ramas del Poder Público, no están prohibidos, salvo que sean otorgados por mera liberalidad, contrariando su régimen de derecho público.

A partir del análisis de la jurisprudencia de la Corte Constitucional fue posible concluir que el real alcance del artículo 355 no es prohibir los auxilios y donaciones, sino excluir de la acción estatal, a través de sus diferentes ramas del poder, la gestión de recursos públicos con soporte en la mera liberalidad, que es característica de la ordenación de los intereses que realizan los privados en desarrollo de la autonomía de la voluntad y contrasta con la prohibición de arbitrariedad del ejercicio de las funciones públicas.

En efecto, en vista de que los escenarios permitidos son tantos y que los requisitos que se esbozaron para la permisión de auxilios y donaciones correspondían a la materialización de otros postulados constitucionales, se encontró que una norma que dota de un contenido particular a los auxilios y donaciones públicos, para diferenciarlos de aquellos del derecho común, no puede leerse como una prohibición, sino como la reafirmación de que el especial deber de preservación de los recursos público impone que su gestión esté guiada únicamente por el cumplimiento de las finalidades que se predicen del Estado. Adicionalmente, el soporte teórico antes expuesto, permite comprender que los auxilios y donaciones estén rodeados de controles estrictos, que buscan evitar que su utilización configure nuevos escenarios de corrupción y, más bien, que sean efectivamente medios para alcanzar parte de los fines que la Constitución Política encomienda al Estado.

Como corolario de lo anterior, se concluyó que el contenido específico de las figuras de los auxilios y donaciones permitidos, en el derecho público, solo podría derivarse de la delimitación clara de los escenarios de “mera liberalidad”, con el propósito de evitar su acaecimiento. Para ello se propuso una configuración de requisitos sustanciales y de forma, que deben concurrir de manera simultánea y deben ser satisfechos por cualquier instrumento que quiera catalogarse como auxilio o donación permitido en el derecho público y, por tanto, no prohíbo por el artículo 355 de la Constitución Política.

7. La desconstrucción de la prohibición constitucional exige la ubicación de los auxilios y donaciones en el quehacer administrativo, concretamente, en la función administrativa.

Una vez comprobado que los auxilios y las donaciones a particulares, siempre que se satisfagan unos requisitos que evitan la mera liberalidad, estaban permitidos en el derecho público, fue inevitable reconocer sus implicaciones en el campo del quehacer administrativo y en las instituciones del Derecho Administrativo. En este sentido, se evidenció, primero, que su contenido puede ser ubicado dentro de las actividades administrativas y, segundo, que la delimitación de los auxilios y donaciones permitidos tiene utilidad para la consolidación de una idea sistemática del derecho administrativo.

En relación con lo primero, se concluyó que nuestro ordenamiento jurídico permite identificar actividades que no corresponden a las tradicionales categorías de servicio público y policía administrativa y que, por el contrario, podrían corresponder a lo que la doctrina comparada ha denominado el fomento administrativo. A partir de esa conclusión, puede afirmarse que, dentro del universo de las actividades administrativas, los auxilios y donaciones se enmarcan en la actividad administrativa de fomento y que incluso, por tratarse de una actividad promocional, los auxilios se constituyen en los instrumentos principales mediante los cuales se materializa la actividad.

En relación con lo segundo, la lógica sistemática del derecho administrativo invita a la delimitación teórica de instituciones cardinales, con el fin de que su aplicación obedezca a presupuestos y criterios uniformes. Por ello, la propuesta que se hizo para la identificación de aquellos auxilios y donaciones permitidos en el derecho público colombiano, puede cumplir una función dogmática, en la medida que brinda una base teórica para la solución coherente de situaciones, concretas y singulares, en donde se encuentren inmersos auxilios o donaciones y, por tanto, puede ser útil para la práctica administrativa (ejercicio de la función administrativa), para la práctica judicial (la solución de controversias relacionadas con la materia) y para la práctica legislativa (la política legislativa).

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina nacional y extranjera

- AA. VV. Los grandes fallos de la jurisprudencia administrativa francesa. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional, 2009.
- AA. VV. Manual de Derecho Administrativo. 3ª edición, Luciano Parejo Alfonso (coord.), Madrid: Ariel, 1994.
- ARMIJO BUENO, Antonio. *El concepto de subvención en el ordenamiento jurídico español*. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia, 2013.
- AMEZQUITA ZÁRATE, Pascual. “Aspectos económicos del Gobierno de Carlos Lleras Restrepo (Colombia, 1966-1970)”, en *Revista Civilizar de Empresa y Economía*, vol 1., n° 1. Universidad Sergio Arboleda, 2010.
- BÉJAR RIVERA, Luis José. El concepto de derecho administrativo: una visión teleológica. En: AFDUDC, N. 14, La Coruña: Universidad de Coruña, 2010.
- BERNAL PULIDO Carlos. *El derecho de los derechos*. Bogotá DC. Universidad Externado de Colombia. 2008.
- CASSESE, Sabino. *Derecho Administrativo: historia y futuro*. España: Global Law Press-Editorial Derecho Global, 2014.
- CÁRDENAS MEJIA, Juan Pablo. Comentarios al nuevo Régimen de Contratación Administrativa. Ediciones Rosaristas. Segunda Edición 1995.
- CHÁVEZ MARÍN, Augusto Ramón. *Los convenios de la Administración. Entre la gestión pública y la actividad contractual*. Bogotá: Temis, 2015.
- EXPÓSITO VÉLEZ, Juan Carlos. Forma y contenido del contrato estatal. Bogotá: Universidad del Externado de Colombia, 2013.
- FRANCO GONZÁLEZ, Humberto. “Evolución de la planeación del desarrollo colombiano”, en *Revista Universidad EAFIT*, No. 96. Universidad EAFIT, 1994.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo*, v.1, 5° ed. Madrid: Civitas, 1995.
- HAURIOU, Maurice. *Précis de droit administratif*, 15°ed. París: Sirey, 1933.

- HENAO, Juan Carlos e ISAZA, Carolina. *Corrupción en Colombia*. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia, 2018.
- LEAL BUITRAGO, Francisco y DÁVILA LADRÓN, Andrés. *Clientelismo: El sistema político y su expresión regional*. Bogotá D.C.: Universidad de los Andes, 2010.
- LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. *Teoría impura del derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*. Bogotá: Universidad de los Andes – Legis, 2008.
- LÓPEZ MEDINA, Diego. *El derecho de los jueces: obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del derecho judicial*. segunda edición, Bogotá: Legis, Universidad de los Andes, 2006.
- MARÍN HERNANDEZ Hugo Alberto. *Discrecionalidad Administrativa*. Bogotá D.C., Universidad externado de Colombia. 2007.
- MATA LLANA CAMACHO, Ernesto. *Manuel de Contratación de la Administración Pública*. Cuarta edición. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia, 2015.
- MONTAÑA PLATA, Alberto. *Fundamentos de Derecho Administrativo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010.
- MONTAÑA PLATA, Alberto. *El concepto del servicio público en el derecho administrativo*. 2º ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005.
- ORTIZ CASTRO, Ivon Maritza. *Régimen especial de los contratos celebrados con fundamento en el inciso segundo del artículo 355 constitucional*. Tesis de Maestría. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2017.
- OSPINA GARZÓN, Andrés. “Presentación”. En: *La Constitucionalización del derecho administrativo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014.
- PALACIO RUDAS, Alfonso. *El Congreso en la Constitución de 1991*. Bogotá: Tomas Grez & Sons de Colombia –Tercer Mundo Editores. 1992.
- PIMIENTO, Julián. “Reflexiones en torno a la división de los bienes públicos en el Código Civil”, en *Revista de Derecho Privado*, N° 21. Universidad Externado de Colombia, 2011, p. 207-232.
- PLATA URICOECHE, Fernando. *Necesidad de desarrollar la reforma de 1945*, p. 166 y 167.

- RODRÍGUEZ, Libardo. “La actividad administrativa fomento”, en *Curso de derecho administrativo iberoamericano*. España: Instituto Nacional de Administración Pública, 2015
- SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. *Compendio de Derecho Administrativo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2017.
- SANTOFIMIO, Jaime Orlando. *Tratado de derecho administrativo*. Tomo I. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia, 3°ed., 2003.
- SCHMIDT ASSMANN, Eberhard. *Cuestiones Fundamentales sobre la reforma de la Teoría General del Derecho Administrativo*. En: AA.VV. *Innovación y reforma en el Derecho Administrativo*. Sevilla, España: Global Law Press- Editorial Derecho Global, 2° ed., 2012.
- SCHMIDT ASSMANN, Eberhard. *La teoría general del derecho administrativo como sistema. Objeto y fundamentos de la construcción sistémica*. Traductores varios. Madrid-Barcelona: Marcial Pons. 2003.
- TRUJILLO ALFARO, Jorge. *Presupuesto: una aproximación desde la planeación y el gasto público*. Bogotá D.C.: Universidad del Rosario, 2007.
- VALENCIA VILLA, Hernando. *Cartas de Batalla: una crítica del constitucionalismo colombiano*. Bogotá D.C.: Panamericana Editorial, 2010.

Jurisprudencia constitucional

- Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-027 de 2016.
- Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-044 de 2015.
- Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-314 de 2012.
- Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-324 de 2009.
- Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-324 de 2009.
- Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-507 de 2008.
- Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-736 de 2007.
- Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-042 de 2006.
- Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-1168 de 2001.
- Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-712 de 2001.

- Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-1168 de 2000.
- Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-152 de 1999.
- Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-671 de 1999.
- Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-086 de 1998.
- Corte Constitucional de Colombia, sentencia C - 159 de 1998.
- Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-251 de 1996.
- Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-254 de 1996.
- Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-600A de 1995.
- Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-205 de 1995.
- Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-372 de 1994.
- Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-506 de 1994.
- Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-372 de 1994.
- Corte Constitucional, de Colombia, sentencia C-520 de 1994

Jurisprudencia contencioso - administrativa

- Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 30 de mayo de 2017. Rad. No. 2319. M. P. Edgar González López
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 20 de mayo de 2013. Radicación número: 25000-23-26-000-2010-03126-01(AP). M.P. Mauricio Fajardo Gómez.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 26 de julio de 2011, Rad: 25000-23-26-000-1997-03809-01(17661)
- Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 3 de septiembre de 2009. Radicado 11001-03-06-000-2009-00039-00(1957). C.P. Enrique José Arboleda Perdomo.
- Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 24 de febrero de 2005. Radicado no. 1626. C.P. Gloria Duque Hernández.
- Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Aclaración de voto al concepto 1626 del 8 de marzo de 2005. M. Gustavo Aponte Santos.

- Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 25 de diciembre del 2008. Radicado no. 1911. C.P. Enrique José Arboleda Perdomo.
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 26 de febrero de 1993. Radicado no. 2073. C.P. Yesid Rojas Serrano.
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 26 de febrero de 1993. Radicado no. 2073. C.P. Yesid Rojas Serrano.
- Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 12 de septiembre de 2013. Rad. No. 2146.
- Consejo de Estado. Sección Cuarta. Radicado no. 1444. Sentencia del 6 de febrero de 1987. C.P. Policarpo Castillo Dávila.