



CGR – OJ 083 2016

Contraloría General de la República :: SGD 20-05-2016 07:47
Al Contestar Cite Este No.: 2016EE0064064 Fol:3 Anex:1 FA:5
ORIGEN 80112-OFICINA JURIDICA / MARTHA JULIANA MARTINEZ BERMEO
DESTINO JUAN FELIPE ALVAREZ CASTRO / CONTRALORIA GENERAL DE CALDAS
ASUNTO MUEBLES DADOS DE BAJA
OBS

2016EE0064064



80112
Bogotá, D.C.

Doctor
JUAN FELIPE ALVAREZ CASTRO
Subcontralor General de Caldas
Edificio Gobernación Piso 2
Manizales – Caldas

ASUNTO: BIENES MUEBLES DADOS DE BAJA- AUTONOMIA

Respetado doctor Álvarez Castro:

Esta Oficina recibió su comunicación mediante la cual solicita concepto sobre:

“Sí bien se entiende que, la baja de bienes constituye una decisión administrativa propia e interna de la Entidad, como parte del Modelo Estándar de procedimientos para la sostenibilidad del Sistema de Contabilidad Pública que debe ser aplicada por los entes públicos. Aunado a lo dispuesto en la Resolución de la Contaduría General de la Nación No. 354 de 2007, por medio de la cual se adoptó el Régimen de Contabilidad Pública que está conformado por el Plan General de la Contabilidad Pública, el Manual de Procedimientos y la Doctrina Contable Pública” se pregunta:

- 1. Dicha autonomía persiste a pesar de que los bienes de la Contraloría General de Caldas, fueron adquiridos con el presupuesto de gastos de funcionamiento conformado única y exclusivamente por las cuotas de fiscalización aportadas por las entidades descentralizadas y por el nivel central departamental.?**
- 2. Cuando dentro de un proceso de auditoría, se advierten hechos que pueden ser tipificados como presuntas conductas punibles, basta que el auditor tipifique la actuación del servidor público o particular? o aquel debe también realizar un análisis mínimo de los elementos que conllevarían a una eventual responsabilidad penal tales como: tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad antes de trasladar el hallazgo a la Fiscalía competente para conocer de ese presunto alcance.?**

ALCANCE DEL CONCEPTO.

Los conceptos emitidos por la Oficina Jurídica de la Contraloría General de la República, son orientaciones de carácter general que no comprenden la solución directa de problemas específicos, ni el análisis de actuaciones particulares.

En cuanto a su alcance, no son de obligatorio cumplimiento o ejecución, ni tienen el carácter de fuente normativa y sólo pueden ser utilizados para facilitar la interpretación y aplicación de las normas jurídicas vigentes, en materia de control fiscal.

Por lo anterior, la competencia de la Oficina Jurídica para absolver consultas se limita a aquellas que formulen las dependencias internas de la CGR, los empleados de las mismas y las entidades vigiladas “sobre interpretación y aplicación de las disposiciones legales relativas al campo de actuación de la Contraloría General”¹, así como las formuladas por las contralorías territoriales “respecto de la vigilancia de la gestión fiscal y las demás materias en que deban actuar en armonía con la Contraloría General”² y las presentadas por la ciudadanía respecto de “la consultas de orden jurídico que le sean formuladas a la Contraloría General de la República”³.

En este orden, mediante su expedición se busca “orientar a las dependencias de la Contraloría General de la República en la correcta aplicación de las normas que rigen para la vigilancia de la gestión fiscal”⁴ y “asesorar jurídicamente a las entidades que ejercen el control fiscal en el nivel territorial y a los sujetos pasivos de vigilancia cuando éstos lo soliciten”⁵.

Finalmente se aclara que no todos los conceptos implican la adopción de una doctrina e interpretación jurídica que comprometa la posición institucional de la Contraloría General de la República, porque de conformidad con lo dispuesto en el artículo 43, numeral 16⁶ del Decreto Ley 267 de 2000, esta calidad solo la tienen las posiciones jurídicas que hayan sido previamente coordinadas y con la(s) dependencia(s) implicada(s).

¹ Art. 43, numeral 4 del Decreto Ley 267 de 2000.

² Art. 43, numeral 5 del Decreto Ley 267 de 2000.

³ Art. 43, numeral 12 del Decreto Ley 267 de 2000.

⁴ Art. 43, numeral 11 del Decreto Ley 267 de 2000.

⁵ Art. 43, numeral 14 del Decreto Ley 267 de 2000.

⁶ Art. 43. OFICINA JURIDICA. Son funciones de la Oficina Jurídica: (...) 16. Coordinar con las dependencias la adopción de una doctrina e interpretación jurídica que comprometa la posición institucional de la Contraloría General de la República en todas aquellas materias que por su importancia ameriten dicho pronunciamiento o por implicar una nueva postura de naturaleza jurídica de cualquier orden.

CONSIDERACIONES JURIDICAS.

1. AUTONOMIA ADMINISTRATIVA Y PRESUPUESTAL.

Las contralorías departamentales, son dependencias de los departamentos, y tienen autonomía administrativa y presupuestal⁷ para el ejercicio de sus funciones. Dicha autonomía se expresa entre otras formas en que los recursos necesarios para su funcionamiento pueden ser manejados directa o exclusivamente por cada una de las contralorías y ejercen sus funciones sin ninguna injerencia extraña de entidad, órgano o funcionario.

Ahora bien, en materia presupuestal las contralorías territoriales se encuentran sujetas para el manejo de su presupuesto, a los principios contenidos en la Carta Política y al Estatuto Orgánico del Presupuesto – Decreto 111 de 1.996 “*Por el cual se compilan la Ley 38 de 1989, la Ley 179 de 1994 y la Ley 225 de 1995 que conforman el estatuto orgánico del presupuesto*” que en el artículo 108⁸ reconoce su autonomía presupuestal.

De igual forma en el artículo 110, del Estatuto Orgánico del Presupuesto, prescribe:

“Los órganos que son una sección en el Presupuesto General de la Nación, tendrán la capacidad de contratar y comprometer a nombre de la persona jurídica de la cual hacen parte, y ordenar el gasto en desarrollo de las apropiaciones incorporadas en la respectiva sección, lo que constituye la autonomía presupuestal a que se refieren la Constitución Política y la Ley. Estas facultades estarán en cabeza del jefe de cada órgano quien podrá delegarlas en funcionarios del nivel directivo o quien haga sus veces, y serán ejercidas teniendo en cuenta las normas consagradas en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y en las disposiciones legales vigentes.

(...)

*En los mismos términos y condiciones tendrán estas capacidades las Superintendencias, Unidades Administrativas Especiales, las Entidades Territoriales, Asambleas y Concejos, **las Contralorías** y*

⁷ Constitución Política, artículo 272 inciso 3. Corresponde a las asambleas y a los concejos distritales y municipales organizar las respectivas contralorías como entidades técnicas dotadas de autonomía administrativa y presupuestal.

⁸ Ley Orgánica del Presupuesto, “Artículo 108. Las Contralorías y Personerías Distritales y Municipales tendrán la autonomía presupuestal señalada en la Ley Orgánica del Presupuesto (Ley 225 de 1995 Artículo 30).

Personerías Territoriales y todos los demás órganos estatales de cualquier nivel que tengan personería jurídica. (Negrilla y subrayado fuera de texto)

En virtud de la autonomía de las contralorías, la Ley 617 de 2000, modificada por la Ley 1416 de 2010⁹, ha desarrollado parcialmente la función de recaudo de dichas entidades por medio de lo que ha denominado cuota de fiscalización. Señala que está previsto como *“un deber de las entidades descentralizadas del orden departamental el pago de una cuota de fiscalización hasta del punto dos por ciento (0.2%), las cuales serán adicionadas a los presupuestos de las respectivas Contralorías Departamentales. Entendida como la única fórmula para el cálculo del presupuesto de las Contralorías Departamentales.”*

Es así como los entes de control reciben recursos del Presupuesto General de la Nación pero no dependen de manera exclusiva de ellos. La tarifa de control fiscal se presenta entonces, como una medida de la autonomía en materia presupuestal de las entidades de control fiscal para hacer efectivos sus controles de vigilancia.

La Corte Constitucional ha señalado que ésta forma particular de recaudar recursos, a través de la tarifa de control fiscal es constitucional puesto que permite conservar presupuestalmente la autonomía e independencia del control fiscal:

“...considera la Corte que el legislador, en la forma como estableció en el artículo acusado, está garantizando no sólo la existencia de recursos suficientes para el ejercicio del control, sino que al mismo tiempo garantiza que el Contralor, en el proceso de obtención de tales recursos, en el proyecto y fijación de su presupuesto, tenga la menor injerencia y gestión ante el Congreso y ante el Ejecutivo, pues, siempre habrá certeza de la existencia de recursos. Esto le permite a la Contraloría conservar intacta su independencia fiscalizadora, frente a las ramas del poder que intervienen en el proceso de elaboración y expedición del presupuesto, y su plena autonomía como fiscalizador de las ramas del poder público, en el ejercicio de sus funciones. No se puede desconocer, pues no es una posibilidad, sino que es una realidad, el hecho de que, dependiendo de determinadas situaciones políticas o administrativas, que en un momento determinado puede atravesar el país, los responsables de alguna de las ramas que intervienen en la elaboración y expedición del presupuesto, estuvieran interesadas en que el ente de control no ejerciera su función a plenitud, y una forma de hacerlo, consiste en desmejorar el monto de sus recursos. O, por las mismas razones, mejorándolos. En otras palabras, convirtiendo el control fiscal en objeto y manejo de poder, a

⁹ Artículo 1

*través del presupuesto. Por ello, el medio desarrollado por el legislador en el precepto demandado resulta legítimo y la finalidad es constitucional*¹⁰.

Es así como la autonomía de las contralorías territoriales tiene como fundamento el orden constitucional y legal el cual se conserva en el desarrollo de sus funciones administrativas y presupuestales.

Es por ello que los Contralores Departamentales tiene la facultad de fijar individualmente para cada organismo o entidad vigilada, la respectiva tarifa de control fiscal, que para el caso de las entidades descentralizadas de orden Departamental ha de acogerse a la norma especial.

Finalmente, el Decreto 192 de 2001 artículo 10, reglamentario de la Ley 617 de 2000 reiteró claramente que las transferencias del Departamento sumada la cuota de fiscalización de las entidades descentralizadas no podrán superar los límites de gastos ni de crecimiento que establece la Ley 617 de 2000 para los gastos de las Contralorías Departamentales¹¹.

Con relación a la baja de bienes, esta Oficina se pronunció mediante concepto 2015EE0057130 del 11 de mayo de 2015 que se adjunta.

No obstante, es importante precisar que la Resolución de la Contaduría General de la Nación No. 354 de 2007 fue modificada por la Resolución 237 de 2010¹², donde se establece el Procedimiento contable, el cual es de su competencia, razón por la cual esta Oficina no se pronunciará al respecto.

2. TRASLADO HALLAZGOS POR PRESUNTAS CONDUCTAS PUNIBLES.

En cuanto a la pregunta referente la evaluación de los hallazgos por presuntas conductas punibles, se tiene:

El Hallazgo administrativo con connotación penal es aquel donde los servidores públicos o los particulares en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de ellas, cometen un hecho punible que afecta un bien jurídico protegido por la administración y la función pública.

¹⁰ República de Colombia. Rama Judicial. Corte Constitucional. Sentencia C1148 de 2001. M.P. Alfredo Beltrán Sierra

¹¹ “ La transferencia de los Departamentos, Municipios o Distritos, sumada a la cuota de fiscalización de las entidades descentralizadas, realizadas a las contralorías, no podrán superar los límites de gasto ni de crecimiento establecidos en la Ley 617 de 2000.”

¹² “Por medio de la cual se modifica el Régimen de Contabilidad Pública”

En otras palabras, se trata de un hecho constitutivo de delito.

En tal virtud, las contralorías y en particular los auditores en el momento de tener indicios serios de que se ha cometido una conducta tipificada como delito penal, deberán hacer el traslado del hallazgo correspondiente a la autoridad competente.

Si bien es cierto que los auditores no califican el delito y sus connotaciones también lo es que estos son sujetos idóneos para la revisión y vigilancia fiscales y para denunciar los hechos contrarios a las normas que constituyen el daño patrimonial, de modo que poseen el criterio para evaluar si la conducta podría tener connotación penal.

Por lo tanto los auditores son personas calificadas para hacer el análisis de la conducta del gestor fiscal y para que en el momento de encontrar indicios serios de que ha violado una disposición penal realicen el traslado respectivo.

Cordialmente,


JULIANA MARTÍNEZ BERMEO
Directora Oficina Jurídica

Proyectó: Cielo Eslava Boowdem
Revisó: José Díaz Peñaloza
N.R. 2016ER0036117

TRD. 80112-033 Conceptos jurídicos. Conceptos jurídicos.



80112
Bogotá, D.C.

Contraloría General de la República 11-05-2016 07:33
Al Contralor Cda. Este No: 2015EE0057130 Folio Anexo 0 Fdo
ORIGEN: 80112-OFICINA JURÍDICA - MARCO AURELIO RODRIGUEZ DOMI
DESTINO: CONTRALOR MUNICIPAL DE ARMENIA
ASUNTO: BIENES MUEBLES DADOS DE BAJA
OBS:

2015EE0057130

11-05-2016 07:33

Doctor
MARCO AURELIO RODRIGUEZ DOMI
Subcontralor Contraloría Municipal de Armenia
Calle 23 No. 12 - 59 Primero, Segundo y Sexto Piso.
Armenia - Quindío.

Copia no controlada

ASUNTO: PROCEDIMIENTO BIENES MUEBLES DADOS DE BAJA.

Respetado doctor Marco Aurelio:

Esta Oficina recibió su comunicación solicitando concepto sobre qué se debe hacer con los bienes dados de baja, si se pueden conservar o donar.

11-05-2016 14:43

ALCANCE DEL CONCEPTO.

Los conceptos emitidos por la Oficina Jurídica de la Contraloría General de la República, son orientaciones de carácter general que no comprenden la solución directa de problemas específicos, ni el análisis de actuaciones particulares.

En cuanto a su alcance, no son de obligatorio cumplimiento o ejecución, ni tienen el carácter de fuente normativa y sólo pueden ser utilizados para facilitar la interpretación y aplicación de las normas jurídicas vigentes, en materia de control fiscal.

Por lo anterior, la competencia de la Oficina Jurídica para absolver consultas se limita a aquellas que formulen las dependencias internas de la CGR, los empleados de las mismas y las entidades vigiladas "sobre interpretación y aplicación de las disposiciones legales relativas al campo de actuación de la Contraloría General", así como las formuladas por las contralorías territoriales "respecto de la vigilancia de la gestión fiscal y las demás materias en que deban actuar en armonía con la

¹ Art. 43, numeral 4 del Decreto Ley 267 de 2000.

Contraloría General² y las presentadas por la ciudadanía respecto de "la consultas de orden jurídico que le sean formuladas a la Contraloría General de la República"³.

En este orden, mediante su expedición se busca "orientar a las dependencias de la Contraloría General de la República en la correcta aplicación de las normas que rigen para la vigilancia de la gestión fiscal"⁴ y "asesorar jurídicamente a las entidades que ejercen el control fiscal en el nivel territorial y a los sujetos pasivos de vigilancia cuando éstos lo soliciten"⁵.

Finalmente se aclara que no todos los conceptos implican la adopción de una doctrina e interpretación jurídica que comprometa la posición institucional de la Contraloría General de la República, porque de conformidad con lo dispuesto en el artículo 43, numeral 16⁶ del Decreto Ley 267 de 2000, esta calidad solo la tienen las posiciones jurídicas que hayan sido previamente coordinadas y con la(s) dependencia(s) implicada(s).

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

La baja de bienes es la salida definitiva de aquellos que no se encuentran en condiciones de seguir prestando un servicio o que la entidad no los requiere para el normal desarrollo de sus actividades o aquellos que siendo requeridos por la entidad, por políticas económicas, disposiciones administrativas, por eficiencia y optimización en la utilización de recursos, existe orden expresa y motivada de la autoridad competente para darlos de baja.

Dentro de ellos se encuentran bienes inservibles, que no pueden ser reparados, reconstruidos o mejorados tecnológicamente debido a su mal estado físico o mecánico y sobre los cuales realizar una inversión resultaría ineficiente y antieconómica para la entidad. Igualmente, bienes dados de baja por obsoletos o innecesarios, que por su antigüedad, características, desgaste, deterioro y obsolescencia no son aptos para el servicio o no son requeridos en la entidad.

También aquellos bienes que se encuentran en buenas condiciones, pero que la Entidad no los requiere para el normal desarrollo de sus funciones; o aquellos que estando en servicio activo o de encontrarse en almacén en buen estado de funcionamiento, han desaparecido, habiéndose exonerado de responsabilidad al

² Art. 43, numeral 5 del Decreto Ley 267 de 2000.

³ Art. 43, numeral 12 del Decreto Ley 267 de 2000.

⁴ Art. 43, numeral 11 del Decreto Ley 267 de 2000.

⁵ Art. 43, numeral 14 del Decreto Ley 267 de 2000.

⁶ Art. 43. OFICINA JURÍDICA. Son funciones de la Oficina Jurídica: (...) 16. Coordinar con las dependencias la adopción de una doctrina e interpretación jurídica que comprometa la posición institucional de la Contraloría General de la República en todas aquellas materias que por su importancia ameriten dicho pronunciamiento o por implicar una nueva postura de naturaleza jurídica de cualquier orden.



funcionario que los tenía a su cargo a través del proceso administrativo correspondiente.

Asimismo, dependiendo de la entidad existen bienes inservibles por salubridad⁷, por deterioro histórico⁸, por daño total o parcial y su reparación o reconstrucción resulta en extremo onerosa para la entidad.

El Decreto 1510 de 2013, "Por el cual se reglamenta el sistema de compras y contratación pública", en el artículo 108, establece:

"Enajenación de bienes muebles a título gratuito entre Entidades Estatales: Las Entidades Estatales deben hacer un inventario de los bienes muebles que no utilizan y ofrecerlos a título gratuito a las Entidades Estatales a través de un acto administrativo motivado que deben publicar en su página web.

La Entidad Estatal interesada en adquirir estos bienes a título gratuito, debe manifestarlo por escrito dentro de los treinta (30) días calendario siguientes a la fecha de publicación del acto administrativo. En tal manifestación la Entidad Estatal debe señalar la necesidad funcional que pretende satisfacer con el bien y las razones que justifican su solicitud.

Si hay dos o más manifestaciones de interés de Entidades Estatales para el mismo bien, la Entidad Estatal que primero haya manifestado su interés debe tener preferencia. Los representantes legales de la Entidad Estatal titular del bien y la interesada en recibirlo, deben suscribir un acta de entrega en la cual deben establecer la fecha de la entrega material del bien, la cual no debe ser mayor a treinta (30) días calendario, contados a partir de la suscripción del acta de entrega."

En dicho procedimiento es importante la aplicación de los principios consagrados como esenciales para la administración pública, en el artículo 209 de la Carta Política, a saber: "La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad,

⁷ Son aquellos bienes que deben destruirse por motivos de vencimiento o riesgo de contaminación, caso los medicamentos o los alimentos. El mal estado en que se encuentran no les hace aptos para el uso o consumo y atentan contra la salud de personas o animales y contra la conservación del medio ambiente.

⁸ Son aquellos bienes que ya han cumplido su ciclo de vida útil, y debido a su desgaste, deterioro y mal estado físico originado por su uso, no le sirven a la entidad.

eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.

Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley."

Al respecto, el Artículo 269 de la Constitución política señala que, "En las entidades públicas, las autoridades correspondientes están obligadas a diseñar y aplicar, según la naturaleza de sus funciones, métodos y procedimientos de control interno, de conformidad con lo que disponga la ley, la cual podrá establecer excepciones y autorizar la contratación de dichos servicios con empresas privadas colombianas.

Es así como para dar de baja los bienes de una entidad se requiere la regulación del procedimiento referido en el Decreto 1510 de 2013, el cual puede consistir en un manual de procedimientos administrativos y contables para el manejo y control de los bienes del ente público respectivo.

En este orden de ideas, para efectos de la enajenación de bienes muebles, las entidades públicas realizan un inventario de los bienes que ya no están utilizando o necesitando, los cuales podrán ser ofrecidos a título gratuito, a todas las entidades públicas de cualquier orden, mediante publicación en su página web del acto administrativo motivado que contenga el inventario, siguiendo el procedimiento previsto en la Ley 1510 de 2014 y en su respectivo reglamento.

LA DONACION

La donación es un contrato mediante el cual se transfiere de manera gratuita un bien a otra persona que acepta la transferencia. Para que haya donación es necesario que haya disminución del patrimonio del donante y aumento en el patrimonio del donatario. Cuando se trate de la donación de un bien inmueble, es necesario que sea otorgada por escritura pública e inscrita en el registro de instrumentos públicos.

El artículo 1443 del Código Civil define la donación entre vivos de la siguiente manera:

"La donación entre vivos es un acto por el cual una persona transfiere, gratuita e irrevocablemente, una parte de sus bienes a otra persona que los acepta".

De la anterior definición se pueden extraer las características de la donación, las cuales son:



- Es de carácter gratuito.
- Es irrevocable, en principio, pues por ingratitud puede ser revocada.
- Es principal, es un contrato que no depende de otro para existir.
- Es solemne, en el caso de bienes inmuebles, requiere de escritura pública y registro para su perfeccionamiento.
- Es unilateral, la obligación principal grava al donante, que es la de entregar el bien donado.
- De ejecución instantánea.

Por medio de la donación se transfiere el dominio; no puede recaer sobre la totalidad de los bienes del donante, como lo expresa el artículo 1443 del Código Civil, sino sobre una parte. La donación debe ser aceptada por el donatario. Por último, debemos tener claro que la donación es revocable mientras no ha sido aceptada y notificada a la aceptación al donante.

La Constitución Política, en el artículo 355, prescribe la siguiente prohibición: *"Ninguna de las ramas u órganos del poder público podrá decretar auxilios o donaciones en favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado."*

Es así como frente a los particulares el artículo 355 de la Constitución Política prohíbe a la administración pública realizar donaciones a favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado sin establecer excepciones. No obstante, la Corte Constitucional ha señalado que esta no es absoluta, sino que debe matizarse con valores y principios constitucionales, permitiendo algunas excepciones. Al referirse a los alcances de la prohibición ha destacado: *"La Constitución prohíbe toda donación de recursos públicos, lo que no significa que el Estado no pueda implementar políticas sociales o económicas que tengan como herramienta la asignación de bienes o recursos sin una contraprestación directa e inmediata a cargo del beneficiario. En un estado social de derecho, el Estado tiene ciertas obligaciones sociales que se concretan, entre otras, en la asignación de bienes o recursos públicos a sectores especialmente protegidos por la Constitución, y para que este tipo de asignaciones resulten ajustadas a la Carta, se requiere que satisfagan, cuando menos, cuatro requisitos constitucionales: En primer lugar, debe respetar el principio de legalidad del gasto; en segundo término, toda política pública del sector central, cuya ejecución suponga la asignación de recursos o bienes públicos, debe encontrarse reflejada en el Plan Nacional de Desarrollo y en el correspondiente plan de inversión, y tiene que encontrarse fundada en un mandato constitucional claro y suficiente que la autorice; por último, debe respetar el principio de igualdad⁹.*

Y complementa la Corte en la Sentencia C-251/96 así: *El Estado puede entonces transferir en forma gratuita el dominio de un bien estatal a un particular, siempre y*

⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-507 de 2008. M.P. Jaime Córdoba Triviño.



cuando no se trate de una mera liberalidad del Estado sino del cumplimiento de deberes constitucionales expresos, entre los cuales está obviamente incluida la garantía de los derechos constitucionales. En efecto, la prohibición de los auxilios debe ser armonizada con el mandato del artículo 146 ordinal 4º, según el cual las Cámaras no pueden decretar en favor de particulares erogaciones "que no estén destinadas a satisfacer créditos o derechos reconocidos con arreglo a ley preexistente". Puede entonces concluirse que no están prohibidas, porque no son actos de mera liberalidad sino de justicia distributiva, aquellas transferencias que se efectúen con el propósito de satisfacer derechos preexistentes, como sucede con los derechos que consagra la propia Constitución, siempre y cuando esa cesión sea imperiosa para la satisfacción de ese derecho constitucional".

Por su parte, en la administración pública, las entidades de derecho público pueden adquirir a título de donación bienes inmuebles que requieran para su funcionamiento, toda vez que el artículo 2 de la Ley 80 de 1993 les da la facultad de contratar al manifestar que: "Para los solos efectos de esta ley, 1. se denominan entidades estatales: b) El Senado de la República, la Cámara de Representantes, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, la Contraloría General de la República, las contralorías departamentales, distritales y municipales..." (Negrilla fuera de texto)

La Ley 1150 de 2007 derogó el artículo 24 numeral 1o de la Ley 80 de 1993 en las reglas de contratación, respecto de la forma de contratación en tratándose de contratos entre entidades públicas, y en su artículo 2º numeral 4 señaló: "La modalidad de selección de contratación directa solamente procederá en los siguientes casos (...) c) <Inciso 1o. modificado por el artículo 92 de la Ley 1474 de 2011. El nuevo texto es el siguientes Contratos interadministrativos, siempre que las obligaciones derivadas del mismo tengan relación directa con el objeto de la entidad ejecutora señalado en la ley o en sus reglamentos.

De acuerdo con lo expuesto, es posible realizar contratos interadministrativos de donación directamente, pero condicionada la donación a que en el futuro la entidad donataria desarrolle con ese bien programas relacionados con los servicios del donante.

En conclusión, la donación de bienes no está prohibida entre entidades públicas siempre y cuando exista norma que la autorice de manera general y como lo observa el Consejo de Estado haya un convenio interadministrativo: "Por tanto, puede decirse que, en principio, la donación de bienes no está prohibida entre entidades públicas y que para hacerla se celebra un convenio interadministrativo. Lo que la ley establece, respecto de bienes adquiridos con destino a la prestación de un servicio público, que luego son desafectados en todo o en parte a esa finalidad porque la entidad ya no los necesita para ello, es su enajenación por medio del contrato de compraventa, tal como expresó la Sala en el concepto número 1.164 de



25 de noviembre de 1998, sustentado en lo dispuesto en los artículos 150 numeral 9° de la Constitución Política, 33 de la ley 9ª de 1989 y 14 del decreto 855 de 1994.¹⁰

Ahora bien, refiriéndose al tema y particularmente a la donación de bienes adquiridos a través de convenios, el Ministerio de Tecnologías de la Información y Comunicaciones a través de su Oficina Jurídica se pronunció recientemente mediante concepto 804102 del 25 de marzo de 2015, en los siguientes términos:

"Se considera necesario precisar que en relación con la disposición de bienes y hasta antes de la entrada en vigencia del Decreto 734 de 2012¹¹, las entidades públicas debían transferir aquellos bienes que se encontraban afectos al servicio a través de una enajenación mediante contrato de venta o si existía tal desafectación a través de la figura de la donación, acudiendo para estos efectos al ordenamiento privado.

Sin embargo, con la expedición del mencionado Decreto 734 de 2012 y la norma que lo deroga, Decreto 1510 de 2013¹², surge la figura de la enajenación gratuita de bienes muebles entre entidades públicas como una solución para la transferencia de la propiedad de aquellos bienes respecto de los cuales la administración debe, quiere o necesita transferir el dominio.

Asimismo y observando que en la actualidad el comportamiento frente al tema por parte de otras entidades públicas denota la aplicación del procedimiento especial establecido en el Decreto 1510 de 2013, por ser considerado el trámite expedito, adecuado a entidades públicas, atendiendo los principios que rigen las actuaciones de las administraciones y principalmente los adecuados a la contratación estatal, podría considerar esa figura como viable y adecuada para que la administración decida sobre la destinación final de los bienes.

En el mismo sentido, se reitera el concepto emitido al respecto por esta Oficina, a través de registro 560845 de 3 de septiembre de 2012, oficio en el que entre otros, se manifestó:

(...) En relación con la figura de la donación, igualmente transcribo la opinión emitida por el doctor Juan Manuel Charry Mosquera, Asesor del Ministerio, en cuanto a que la entidad podrá acudir, conforme a las evaluaciones individuales a una u otra figura:

¹⁰ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto radicado N° 1495 del 4 de julio de 2003. C.P. César Hoyos Salazar.

¹¹ Decreto Derogado por el Decreto 1510 de 2013.

¹² Artículo 108. Enajenación de bienes muebles a título gratuito entre Entidades Estatales. Las Entidades Estatales deben hacer un inventario de los bienes muebles que no utilizan y ofrecerlos a título gratuito a las Entidades Estatales a través de un acto administrativo motivado que deben publicar en su "página web"

(...) 2- Sobre el Contrato de Donación, la Procuraduría Cuarta Delegada ante el Consejo de Estado, en concepto No. 286 de 1 de diciembre de 2010, precisó sobre la donación entre entidades públicas lo siguiente:

"En el caso concreto el contrato de donación que se cuestiona es de naturaleza estatal, pues el extremo pasivo de la relación procesal es una entidad pública (INFIBOY), circunstancia que no obsta para que le sean aplicables normas de derecho privado. () El artículo 13 de la Ley 80 de 1993 (estatuto de contratación pública), consagra que: los contratos que celebren las entidades se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas por esta Ley. () Como el Estatuto de Contratación Estatal no regla el contrato de donación es necesario recurrir al derecho civil. () El contrato de donación es definido por el artículo 1443 del Código Civil como: el acto por el cual una persona transfiere gratuita e irrevocablemente, una parte de sus bienes a otra persona que acepta. () A pesar de que el legislador lo denomine como acto, la donación es verdaderamente un contrato que tiene las características de ser gratuito, principal, nominado, irrevocable y solemne.

(...)

La donación, al tenor de lo dispuesto en el Código Civil, surge de la mera liberalidad del donante, de manera gratuita e irrevocable (art. 1443) o con causa onerosa (art. 1461) y en algunos casos puede estar sometida a plazo o condición (art. 1460). () En consecuencia con el Decreto 1712 de 1989, que modificó el artículo 1458 del Código Civil, le corresponde a los notarios autorizar mediante escritura pública las donaciones que excedan 50 s.m.m.l.v. lo que quiere decir que el requisito de la insinuación se cumple con dicha autorización del notario (fedatario). () El citado Decreto, también precisa que para que pueda autorizarse la donación la escritura pública correspondiente, además de los requisitos que le son propios y de los exigidos por la ley, deberá contener la prueba fehaciente del valor comercial del bien, de la calidad de propietario del donante y de que éste conserva lo necesario para su congrua subsistencia. () Frente a la prueba del valor comercial del bien, cuando la ley no exige un medio de prueba determinado las partes podrían acudir a cualquiera de los elementos de convicción legalmente previstos, respetando los requisitos de eficacia y pertinencia."

3. En consecuencia, en principio, la entidad pública puede acudir al mecanismo que resulte más conveniente para sus objetivos, atendiendo las reglas establecidas para cada caso concreto, pues si opta por la enajenación a título gratuito, prevista para bienes muebles, deberá actuar de conformidad con lo establecido en el Decreto 734 de 2012, en cambio si opta por la donación, deberá regirse por el Código Civil, sin perjuicio de lo previsto en la Ley 1450, artículo 238, para los inmuebles de su propiedad que no requieran para el ejercicio de sus funciones (...)."



En cuanto a los bienes adquiridos por parte del Fondo en desarrollo de convenios celebrados con instituciones de utilidad pública, esta oficina considera que en los eventos en que los bienes deban ser entregados a estas instituciones para que continúen prestando el servicio o cumpliendo la función social para la que fueron adquiridos, los mismos deberán ser entregados a título de comodato, preservando el Fondo la titularidad de los bienes.

Se reitera que para la celebración del contrato de comodato con una entidad privada sin ánimo de lucro de reconocida idoneidad, es necesario que los programas que se pretendan fomentar con dicho contrato tengan una relación de medio a fin con los planes y programas de la entidad comodante, acorde con lo previsto en el artículo 355 de la Constitución Pública y los Decretos 777 y 1403 de 1992.

En relación al contrato de comodato, se desprenden las siguientes apreciaciones:

El contrato de comodato es esencialmente gratuito, en el uso de los bienes objeto de comodato no hay lugar a contraprestación.

Sobre la destinación de los recursos derivados de la explotación del bien dado en comodato, debe tenerse en cuenta que:

"La contraprestación que ésta garantiza será el uso y el manejo del bien dentro de las condiciones especiales que se le exijan y, además, las utilidades o beneficios que perciba" sólo podrán invertirse en la realización de aquellos fines para que fueran creadas y que se encuentran expresados en la ley o en los estatutos" (Ley 58 de 1945 artículo 3º parágrafo)

Para el caso de bienes que se encuentran en poder de las entidades suscriptoras, no será necesaria la entrega física de los bienes, dejando la constancia de que los mismos se encontraban en cabeza de la entidad. No obstante, para efectos de su registro contable, deberá incorporarse en la liquidación del contrato el inventario de bienes y la indicación de su estado de conservación.(..)

Conclusiones

En atención a lo mencionado, es dable colegir que:

En relación con la transferencia de los bienes a terceros que ostenten la calidad de entidades públicas, debe señalarse que ésta deberá efectuarse bien en el marco del artículo 108 del Decreto 1510 de 2013, mediante el cual se regula el procedimiento de enajenación de bienes muebles a título gratuito entre entidades públicas, o ya sea acudiendo a la figura de la donación, contemplada en el Derecho Civil.



Doctor Marco Aurelio Rodríguez Domí

En relación con los casos en que la destinación deba hacerse a instituciones de utilidad común, se recomienda la suscripción de contratos de comodato a título gratuito, conforme a lo señalado en éste y en conceptos anteriores reiterando que es indispensable que los bienes sean utilizados en actividades que tengan una relación afín con los programas y proyectos FONTIC.” (Hasta aquí el concepto)

CONCLUSION.

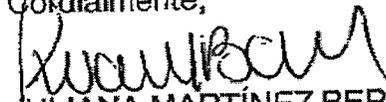
Se concluye este concepto, indicando que es viable la donación de bienes de una entidad estatal, dados de baja por cualquiera de los motivos previamente enumerados.

La Baja de Bienes es el proceso mediante el cual la administración decide retirar definitivamente un bien de su patrimonio. Constituye una decisión administrativa propia e interna de la entidad, como parte del Sistema de Control Interno a que está obligada la administración pública en todos sus órdenes, en virtud de los artículos 209 y 269 de la Constitución Política y la Ley 87 de 1993, reglamentada por los Decretos 1826 de 1994 y 1537 de 2001¹³ y en aplicación del Decreto 1510 de 2013, para el caso específico de la baja de bienes.

En tal virtud, esa contraloría, de acuerdo con las disposiciones mencionadas, deberá regular el procedimiento para dar de baja bienes que tenga asignados y de su análisis deberá determinar si puede utilizar alguna de las figuras jurídicas descritas.

Finalmente, es importante recordar que todos los procesos y actuaciones que lleven a cabo los servidores públicos deben dar estricta aplicación a las normas Constitucionales, legales y a las contenidas en los manuales no solo de funciones sino en aquellos en los que se indiquen procedimientos especiales, como para el que se implemente para el presente caso.

Cordialmente,


JULIANA MARTÍNEZ BERMEO
Directora Oficina Jurídica

Proyectó: Cielo Estava Boowdem
Revisó: Lucen-th Muñoz Arenas.
N.R. 2015ER0032726