ENAJENACIÓN DE BIENES A TÍTULO GRATUITO – Definición – Contrato de donación

La enajenación se define como la transferencia del derecho real sobre un bien. Como indica la doctrina, «Dar –en sentido restringido–, traditar, enajenar, disponer, son conceptos sinónimos en el Código Civil. Cuando se da, se enajena, cuando se tradita, se enajena, cuando se enajena, se da o se tradita. Y, finalmente, cuando ocurre cualquiera de tales fenómenos, se dispone». Lo más usual es que la enajenación se lleva a cabo respecto del derecho de propiedad; y en tal caso se efectúa a través de los modos señalados en el artículo 673 del Código Civil, pudiendo recaer tanto sobre los bienes muebles, como inmuebles, aunque frente a estos la ley exige solemnidades especiales. Entretanto, el artículo 1521 del Código Civil dispone que se presenta objeto ilícito en la enajenación: i) «De las cosas que no están en el comercio», ii) «De los derechos o privilegios que no pueden transferirse a otra persona» y iii) «De las cosas embargadas por decreto judicial, a menos que el juez lo autorice o el acreedor consienta en ello».

La enajenación de bienes a título gratuito está relacionada con el contrato de donación, definido en el Código Civil como «un acto por el cual una persona transfiere, gratuita e irrevocablemente, una parte de sus bienes a otra persona que la acepta». El Consejo de Estado sostuvo respecto de la definición de la donación del Código Civil, que era naturalmente imprecisa toda vez que la donación es un verdadero «contrato» y no solo un acto, lo anterior porque para el perfeccionamiento del «contrato» concurre i) la voluntad dispositiva de la persona que pretende entregar parte de su patrimonio –donante– y ii) la aceptación de quién recibirá el beneficio económico –donatario–. Conforme a lo anterior, la celebración de un contrato de donación se constituye como un verdadero acto traslaticio del dominio.

ENAJENACIÓN DE BIENES A TÍTULO GRATUITO – Bienes objeto de donación – Bienes de dominio público – Bienes fiscales

Los bienes de dominio público, de acuerdo con la sentencia C.-183 de 2003 de la Corte constitucional, son «el conjunto de bienes que la administración afecta al uso directo de la comunidad o que utiliza para servir a la sociedad». Dentro de esta categoría se encuentran los bienes fiscales y los bienes de uso público. Los bienes fiscales, de acuerdo con el Alto Tribunal Constitucional, están destinados a la presentación de servicios públicos que la Administración utiliza de forma inmediata, como los edificios donde funcionan las oficinas públicas.

A su vez, el Consejo de Estado, define los bienes fiscales como «aquellos que pertenecen a sujetos de derecho público de cualquier naturaleza u orden y que, por lo general, están destinados al cumplimiento de las funciones públicas o servicios públicos, tales como los terrenos, edificios, fincas, granjas, equipos, enseres, acciones, rentas y bienes del presupuesto, etc., es decir, afectos al desarrollo de su misión y utilizados para sus actividades o pueden construir una reserva patrimonial para fines de utilidad común. Su dominio corresponde a la República, pero su uso no pertenece generalmente a los habitantes, de manera que el Estado lo posee y los administra en forma similar a como lo hacen los particulares con los bienes de su propiedad». De esta manera, sobre los bienes fiscales, a pesar de estar destinados a la prestación de servicios públicos, las entidades estatales tienen la facultad de disponer de ellos a través de un acto jurídico como la compraventa, la donación, arriendo, entre otros.

Acerca de los bienes de uso público, el Consejo de Estado los define como «aquellos cuya titularidad pertenece al Estado y se hallan destinados al uso, goce y disfrute de todos los habitantes del territorio, están sometidos al régimen de derecho público y sobre ellos el Estado ejerce derechos de administración y de policía, con miras a garantizar y proteger su uso y goce común, por motivos de interés general». Por lo tanto,

como estos bienes están destinados al uso de los habitantes de un territorio, el Estado no puede disponer de ellos por encontrarse fuera del comercio. En ese orden, los bienes sobre los cuales puede recaer el acto de enajenación a través de donación, son los bienes fiscales y no los bienes de uso público.

EQUIPAMIENTO COMUNAL – Artículo 68 – Ley 2166 de 2021 – Facultad presupuestal – Artículo 355 superior

Podrá destinarse un rubro del recaudo del impuesto predial municipal o distrital para la construcción, mejoramiento y acondicionamiento del equipamiento comunal, tales como salones comunales, casetas comunales de infraestructura deportiva, cultural y demás equipamientos comunales de propiedad del municipio, distrito u organismo de acción comunal legalmente constituido. Igualmente, en los bienes sobre los cuales ejerza de manera legal, posesión, goce, uso, tenencia o disfrute del bien a cualquier título, siempre y cuando no se vaya a interrumpir en el tiempo. Los departamentos podrán con recursos propios realizar las inversiones de los que trata este Artículo mediante reglamentación que para tal efecto se establezca.

[…] esta disposición facultó a las entidades del orden territorial, bien sean municipios, distritos o departamentos, para destinar recursos con el objeto de adecuar, construir o mejorar los bienes que sean de su propiedad o de los organismos de acción comunal legalmente constituidos. […].
[…]
[…] de conformidad con lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 355 superior, las entidades públicas del nivel nacional, departamental y municipal, ya se encontraban facultadas presupuestalmente para impulsar programas y actividades de interés público acordes con el Plan Nacional y los planes seccionales de desarrollo mediante entidades sin ánimo de lucro, como lo son los organismos de acción comunal legalmente constituidos.

Colombia Compra Eficiente
Rad No. RS20221226015284
Anexos: No Con copia: No
Fecha: 26/12/2022 11:07:39

Bogotá D.C., 26 de diciembre de 2022

Compartido por:
BeltránPardo
Abogados & Asociados

Señor
Marlos Augusto Cabrera Daza
marloncabrera76@hotmail.com
Ciudad

Concepto C -921 de 2022

Temas: ENAJENACIÓN DE BIENES A TÍTULO GRATUITO – Definición – Contrato de donación / ENAJENACIÓN DE BIENES A TÍTULO GRATUITO – Bienes objeto de donación – Bienes de dominio público – Bienes fiscales / EQUIPAMIENTO COMUNAL – Artículo 68 – Ley 2166 de 2021 – Facultad presupuestal – Artículo 355 superior

Radicación: Respuesta a consultas acumuladas Nos. P20221125011732 y P20221125011734

Estimado Señor Cabrera:

En ejercicio de la competencia otorgada por el numeral 8 del artículo 11 y el numeral 5 del artículo 3 del Decreto Ley 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente responde sus consultas acumuladas con Radicados Nos. P20221125011732 y P20221125011734 del 25 de noviembre de 2022.

1. Problema planteado

Usted realiza la siguiente consulta:

> «Pueden las entidades territoriales en virtud de lo señalado en el artículo 68 (equipamientos comunales) de la ley 2166 de 2021, dar en donación bienes muebles a las juntas de acción comunal, en caso positivo esta se hará mediante la celebración de un contrato de donación o la expedición de un acto administrativo de entrega? [sic]»

2. Consideraciones

De manera preliminar, es pertinente señalar que, en ejercicio de las competencias establecidas en los artículos 3.5 y 11.8 del Decreto Ley 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública

– Colombia Compra Eficiente resuelve las consultas sobre los asuntos de su competencia, esto es, sobre las temáticas de la contratación estatal y compras públicas relacionadas en los artículos citados.

Es necesario tener en cuenta que esta entidad solo tiene competencia para responder solicitudes sobre la aplicación de normas de carácter general en materia de compras y contratación pública. En ese sentido, resolver casos particulares desborda las atribuciones asignadas por el legislador extraordinario, que no concibió a Colombia Compra Eficiente como una autoridad para solucionar problemas jurídicos particulares de todos los partícipes de la contratación estatal.

La competencia de esta entidad se fija con límites claros, con el objeto de evitar que la Agencia actúe como una instancia de validación de las actuaciones de las entidades sujetas a la Ley 80 de 1993 o de los demás participantes de la contratación pública. Esta competencia de interpretación de normas generales, por definición, no puede extenderse a la resolución de controversias, ni a brindar asesorías sobre casos puntuales. Esto en la medida en que, para resolver una consulta de carácter particular, además de conocer un sinnúmero de detalles de la actuación administrativa, es necesario acceder al expediente y a los documentos del procedimiento contractual donde surge la inquietud.

Conforme a lo anterior, la Subdirección de Gestión Contractual dentro de los límites de sus atribuciones, resolverá la consulta conforme a las normas generales en materia de contratación estatal, luego de analizar los siguientes temas: i) enajenación de bienes a título gratuito y, ii) equipamiento de las juntas de acción comunal en virtud del artículo 68 de la Ley 2166 de 2021.

2.1. Enajenación de bienes a título gratuito

La normativa del sistema de compra pública no establece el significado de enajenar bienes a título gratuito, de manera que es necesario recurrir a las normas generales para dotar de contenido dicha expresión.

La enajenación se define como la transferencia del derecho real[1] sobre un bien[2]. Como indica la doctrina, «Dar –en sentido restringido–, traditar, enajenar, disponer, son conceptos sinónimos en el Código Civil. Cuando se da, se enajena, cuando se tradita, se enajena, cuando se enajena, se da o se tradita. Y, finalmente, cuando ocurre cualquiera de tales fenómenos, se

[1] En los términos del artículo 665 del Código Civil: «Derecho real es el que tenemos sobre una cosa sin especto a determinada persona.
»Son derechos reales el de dominio, el de herencia, los de usufructo, uso o habitación, los de servidumbres activas, el de prenda y el de hipoteca. De estos derechos nacen las acciones reales».

[2] Según el Diccionario del español jurídico, enajenar es «Disponer de un bien o derecho transmitiendo su titularidad». En sitio web: https://dej.rae.es/lema/enajenar. Por su parte, la jurisprudencia ha definido la enajenación del siguiente modo: «En términos jurídicos "enajenación" significa "La transmisión de la propiedad de una cosa, a cambio de otra (como en la compraventa y en la permuta) o gratuitamente (como en la donación y el préstamo sin interés).
»Igualmente, para la doctrina la palabra enajenación en su sentido natural indica la transmisión de cualquier derecho patrimonial de una cabeza a otra, por lo que constituye una adquisición derivada por acto entre vivos del contenido total o parcial de un derecho» (Consejo de Estado. Sección Cuarta. Sentencia del 6 de febrero de 2006. Consejera Ponente: María Inés Ortiz Barbosa. Expediente: 14.123).

dispone[3]». Lo más usual es que la enajenación se lleva a cabo respecto del derecho de propiedad[4]; y en tal caso se efectúa a través de los modos señalados en el artículo 673 del Código Civil[5], pudiendo recaer tanto sobre los bienes muebles, como inmuebles, aunque frente a estos la ley exige solemnidades especiales[6]. Entretanto, el artículo 1521 del Código Civil dispone que se presenta objeto ilícito en la enajenación: i) «De las cosas que no están en el comercio», ii) «De los derechos o privilegios que no pueden transferirse a otra persona» y iii) «De las cosas embargadas por decreto judicial, a menos que el juez lo autorice o el acreedor consienta en ello».

La enajenación de bienes a título gratuito está relacionada con el contrato de donación, definido en el Código Civil como «un acto por el cual una persona transfiere, gratuita e irrevocablemente, una parte de sus bienes a otra persona que la acepta». El Consejo de Estado[7] sostuvo respecto de la definición de la donación del Código Civil, que era naturalmente imprecisa toda vez que la donación es un verdadero «contrato» y no solo un acto, lo anterior porque para el perfeccionamiento del «contrato» concurre i) la voluntad dispositiva de la persona que pretende entregar parte de su patrimonio –donante– y ii) la aceptación de quién recibirá el beneficio económico –donatario–. Conforme a lo anterior, la celebración de un contrato de donación se constituye como un verdadero acto traslaticio del dominio.

Respecto del tipo de bienes que pueden ser objeto de donación es importante resaltar, en primer lugar, que el artículo 654 del Código Civil clasifica las cosas corporales en muebles e inmuebles. Por su parte, los bienes de dominio público, de acuerdo con la sentencia C.-183 de 2003 de la Corte constitucional, son «el conjunto de bienes que la administración afecta al uso directo de la comunidad o que utiliza para servir a la sociedad». Dentro de esta categoría se encuentran los bienes fiscales y los bienes de uso público8. Los bienes fiscales, de acuerdo con el Alto Tribunal Constitucional9, están destinados a la presentación de servicios públicos que la Administración utiliza de forma inmediata, como los edificios donde funcionan las oficinas públicas. Por otro lado, el artículo 674 del Código Civil define los bienes de dominio público como aquellos que «[…] pertenecen a todos los habitantes de un Territorio, como el de calles, plazas, puentes y caminos, se llaman bienes de la Unión o de uso público o bienes públicos del Territorio».

A su vez, el Consejo de Estado, define los bienes fiscales como «aquellos que pertenecen a sujetos de derecho público de cualquier naturaleza u orden y que, por lo general, están destinados al cumplimiento de las funciones públicas o servicios públicos, tales como los terrenos, edificios, fincas, granjas, equipos, enseres, acciones, rentas y bienes del presupuesto, etc., es decir, afectos

[3] VELÁSQUEZ, Hernán Darío. Estudio sobre obligaciones. Bogotá: Temis, 2010. p. 10.

[4] Así, para Dávila, «enajenar es comprensivo de un acto traslaticio de dominio» (DÁVILA, Op.cit., p. 475).

[5] «Los modos de adquirir el dominio son la ocupación, la accesión, la tradición, la sucesión por causa de muerte y la prescripción».

[6] Según el artículo 749 del Código Civil «Si la ley exige solemnidades especiales para la enajenación, no se transfiere el dominio sin ellas».

[7] Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 25 de mayo de 2016. M.P. Hernán Andrade Rincón.

al desarrollo de su misión y utilizados para sus actividades o pueden construir una reserva patrimonial para fines de utilidad común. Su dominio corresponde a la República, pero su uso no pertenece generalmente a los habitantes, de manera que el Estado lo posee y los administra en forma similar a como lo hacen los particulares con los bienes de su propiedad»[8]. De esta manera, sobre los bienes fiscales, a pesar de estar destinados a la prestación de servicios públicos, las entidades estatales tienen la facultad de disponer de ellos a través de un acto jurídico como la compraventa, la donación, arriendo, entre otros.

Acerca de los bienes de uso público, el Consejo de Estado los define como «aquellos cuya titularidad pertenece al Estado y se hallan destinados al uso, goce y disfrute de todos los habitantes del territorio, están sometidos al régimen de derecho público y sobre ellos el Estado ejerce derechos de administración y de policía, con miras a garantizar y proteger su uso y goce común, por motivos de interés general»[9]. Por lo tanto, como estos bienes están destinados al uso de los habitantes de un territorio, el Estado no puede disponer de ellos por encontrarse fuera del comercio[10]. En ese orden, los bienes sobre los cuales puede recaer el acto de enajenación a través de donación, son los bienes fiscales y no los bienes de uso público.

En relación con el objeto de consulta, cabe resaltar que el artículo 355 de la Constitución Política de Colombia prohibió en su inciso primero cualquier tipo de auxilio o donación por parte del Estado a personas naturales o jurídicas de derecho privado. Sin embargo; para la Corte Constitucional la prohibición de la que trata este artículo se materializa cuando se registre al menos uno de los siguientes eventos:

> «i) se omita dar aplicación al principio presupuestal de legalidad del gasto; ii) la ley que crea la subvención o auxilio en desarrollo de los artículos 334 y siguientes de la C.P. o desarrolla las subvenciones autorizadas directamente por la Constitución Política, omita determinar de manera concreta y explícita su finalidad, destinatarios, alcances materiales y temporales, condiciones y criterios de asignación, publicidad e impugnación, así como los límites a la libertad económica; iii) 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; iv) 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, v) 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 lo necesitan o menos lo merecen; iv) cuando el subsidio tenga vocación de permanencia convirtiéndose en una

[8] Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 30 de abril de 2012. Expediente 21.699. C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

[9] Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 19 de julio de 2018, Expediente 36.711. C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

[10] Corte Constitucional. Sala Plena. M.P. Alfredo Beltrán Sierra. Sentencia C-183 de 2003. Expediente D-4244.

> carga al presupuesto público, en la medida que el subsidio o auxilio está llamado a producir efectos inmediatos dentro de una determinada coyuntura económica, de manera que una vocación de permanencia indica que la situación o sector al cual se dirige requiere de otras y más profundas medidas estructurales; y vii) 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[11].»

La jurisprudencia constitucional ha decantado en un amplio conjunto de pronunciamientos sobre el alcance del artículo 355 superior, que una prohibición absoluta implicaría una tensión inaceptable entre distintas características centrales de nuestra Constitución, por lo que suponer que el Estado, a través de sus órganos y ramas que ejercen el poder público, tiene prohibida las subvenciones a todas las actividades de las empresas de derecho privado, haría inevitable la satisfacción de las cláusulas del Estado Social de Derecho e igualdad material[12].

Para la Corte Constitucional, serán válidos los auxilios y donaciones que: «(i) alberguen una finalidad estrictamente altruista y benéfica, y no obedezcan a la mera liberalidad del Estado*; la finalidad altruista del auxilio se encuentra autorizada únicamente cuando se dirige a alentar actividades o programas de interés público acordes con el plan de desarrollo y los planes seccionales de desarrollo, a través de entidades sin ánimo de lucro, con las cuales deberá suscribirse, previamente, un contrato.* De esta manera se asegura una cierta reciprocidad a favor del Estado; (ii) derivarse de la facultad de intervención del Estado en la economía y, en consecuencia, orientarse al estímulo de una determinada actividad económica; asignación que por mandato expreso del artículo 334 superior debe comportar una contraprestación; (iii) fundarse en un precepto constitucional que lo autorice expresamente, en orden a garantizar los derechos fundamentales vía acceso a bienes y servicios por parte de quienes tienen mayores necesidades y menores ingresos, con lo cual se garantiza una contraprestación o beneficio social.»[13] (Subraya y cursiva fuera de texto)

De lo anterior se colige, que la situación definida por el Alto Tribunal Constitucional de *«albergar una finalidad estrictamente altruista y benéfica dirigida a alentar una actividad de interés público, a través de entidades sin ánimo de lucro»,* hace referencia al inciso segundo del artículo 355 superior, que facultó a las entidades públicas para que con los recursos de los respectivos presupuestos, celebren contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el Plan Nacional y los planes seccionales de Desarrollo. Por tanto, dicho aparte normativo, permite el desarrollo de actividades esencialmente benéficas, no como instrumento económico, si no como un instrumento asistencial y altruista en el que no se privilegia la arbitrariedad y unilateralidad del

[11] Corte Constitucional. Sentencia C-324 del 13 de mayo de 2009. Expediente: D-7442. M.P. Juan Carlos Henao Pérez.
[12] Corte Constitucional. Sentencia C-027 del 03 de febrero de 2016. Expediente: D-10862. M.P. María Victoria Calle Correa.
[13] Ver nota al pie 14.

gasto público, pues exige un grado aceptable de reciprocidad por parte del beneficiario de la ayuda[14].

2.2. Equipamiento de las juntas de acción comunal en virtud del artículo 68 de la ley 2166 de 2021

Con la reciente expedición de la Ley 2166 de 2021 se deroga la Ley 743 de 2002, se desarrolla el artículo 38 de la Constitución Política de Colombia en lo referente a los organismos de acción comunal y se establecen lineamientos para la formulación e implementación de la política pública de los organismos de acción comunal y de sus afiliados. De acuerdo con el artículo 1 de dicho cuerpo normativo, esta ley tiene por objeto «promover, facilitar, estructurar y fortalecer la organización democrática, moderna, participativa y representativa de la acción comunal en sus respectivos grados asociativos y, a la vez, pretende establecer un marco jurídico para sus relaciones con el Estado y con los particulares, así como para el cabal ejercicio de derechos y deberes. […]».

En desarrollo de lo anterior, el artículo 68 de dicha ley habilita presupuestalmente a las entidades del orden territorial para que realicen inversiones en aquellos bienes del equipamiento comunal en los siguientes términos:

> «Artículo 68. Equipamientos comunales. Podrá destinarse un rubro del recaudo del impuesto predial municipal o distrital para la construcción, mejoramiento y acondicionamiento del equipamiento comunal, tales como salones comunales, casetas comunales de infraestructura deportiva, cultural y demás equipamientos comunales de propiedad del municipio, distrito u organismo de acción comunal legalmente constituido. Igualmente, en los bienes sobre los cuales ejerza de manera legal, posesión, goce, uso, tenencia o disfrute del bien a cualquier título, siempre y cuando no se vaya a interrumpir en el tiempo. Los departamentos podrán con recursos propios realizar las inversiones de los que trata este Artículo mediante reglamentación que para tal efecto se establezca.
> […]».

Según se evidencia, esta disposición facultó a las entidades del orden territorial, bien sean municipios, distritos o departamentos, para destinar recursos con el objeto de adecuar, construir o mejorar los bienes que sean de su propiedad o de los organismos de acción comunal legalmente constituidos. Sin embargo, en dicha norma no se estableció la forma en la que las entidades podrían a disposición de los organismos de acción comunal los bienes que fuesen de su dominio, posesión, goce o tenencia.

[14] Sentencia C-027 de 2016. Corte Constitucional.

En ese orden, de conformidad con el criterio hermenéutico según el cual ***cuando la norma no distingue no le es dable al intérprete hacerlo***[15]., esta Agencia no podría determinar si bajo el precepto normativo estipulado en el artículo 68 de la Ley 2166 de 2021, las entidades del orden territorial están o no facultadas para donar sus bienes a las juntas de acción comunal, pues este señala aspectos meramente presupuestales. De ahí que, sea obligación de la entidad territorial que pretende efectuar la donación de sus bienes a un organismo de acción comunal, estudiar la figura jurídica más conveniente para ello.

De igual forma, resulta a bien señalar que de conformidad con lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 355 superior, las entidades públicas del nivel nacional, departamental y municipal, ya se encontraban facultadas presupuestalmente para impulsar programas y actividades de interés público acordes con el Plan Nacional y los planes seccionales de desarrollo mediante entidades sin ánimo de lucro, como lo son los organismos de acción comunal legalmente constituidos. En virtud de lo anterior, se crearon los siguientes regímenes de contratación:

El *primer régimen* encuentra su fundamento en el parágrafo cuarto del artículo 3 de la Ley 136 de 1994 *«Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el fundamento de los municipios»,* introdujo un tipo especial de contratación cuyo objetivo consiste en la celebración de convenios solidarios. Para la aplicabilidad de este régimen es necesario que concurran los siguientes requisitos: i) que las partes intervinientes sean, por un lado, entes territoriales del orden departamental o municipal y, por otro lado, juntas de acción comunal, ii) que el objeto contractual consista en la ejecución de obras y, iii) que el contrato no supere la mínima cuantía. De concurrir las anteriores circunstancias, la norma autoriza la contratación directa entre la entidad territorial y la respectiva junta de acción comunal previamente legalizada y reconocida ante los organismos competentes. En todo caso, esta contratación debe tomar como personal para la ejecución de la obra a los habitantes de la comunidad. Sin embargo, el artículo 95 de la Ley 2166 de 2021 amplió esta subregla.

Un *segundo régimen* o modalidad de contratación, se encuentra en el Decreto 092 de 2017, exceptuando lo consignado en su artículo 5, pues versa sobre convenios de asociación. Este Decreto desarrolla, en términos generales, la contratación autorizada por el artículo 355 de la Constitución Política, la cual, en concordancia con el numeral 16 y el parágrafo tercero del artículo 3 de la Ley 136 de 1994, puede manifestarse a través de convenios solidarios.

En ese sentido, el régimen especial y preferente previsto en el Decreto 092 de 2017 para la celebración de convenios solidarios, será aplicable cuando se reúnan los siguientes requisitos: i) que las partes intervinientes sean, de un lado, entidades territoriales del orden nacional, departamental, distrital o municipal y, de otro, organismos de acción comunal de reconocida

[15] Cfr. Sentencia C-317 de 2012 (M.P. María Victoria Calle Correa). En igual sentido, el artículo 27 del Código Civil establece que «Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu». Aquí el concepto de ley se entiende en un sentido material, como norma jurídica.

idoneidad[16]; ii) que el objeto del contrato esté dirigido al impulso de programas y actividades de interés público acordes con el plan de desarrollo aplicable de acuerdo con el nivel de la entidad estatal, iii) que el contrato, independientemente de su cuantía, no refleje relaciones conmutativas o sinalagmáticas que impliquen contraprestaciones para la entidad del Estado. De esta manera, el contrato no debe generar relaciones recíprocas en favor de las partes intervinientes, pero, sobre todo, prestaciones que favorezcan a la entidad estatal y, iv) que la entidad del Estado no imparta instrucciones precisas para la ejecución del objeto convenido.

En ese sentido, el régimen especial y preferente previsto en el Decreto 092 de 2017 para la celebración de convenios solidarios, será aplicable cuando se reúnan los siguientes requisitos: i) que las partes intervinientes sean, de un lado, entidades territoriales del orden nacional, departamental, distrital o municipal y, de otro, organismos de acción comunal de reconocida idoneidad[18]; ii) que el objeto del contrato esté dirigido al impulso de programas y actividades de interés público acordes con el plan de desarrollo aplicable de acuerdo con el nivel de la entidad estatal, iii) que el contrato, independientemente de su cuantía, no refleje relaciones conmutativaso sinalagmáticas que impliquen contraprestaciones para la entidad del Estado. De esta manera,el contrato no debe generar relaciones recíprocas en favor de las partes intervinientes, pero, sobre todo, prestaciones que favorezcan a la entidad estatal y, iv) que la entidad del Estado no imparta instrucciones precisas para la ejecución del objeto convenido.

Así las cosas, en caso de que concurran los requisitos antes enunciados, se aplicará al proceso de planeación, selección y contratación el procedimiento previsto en el Decreto 092 de 2017 y, en lo no señalado en ese, se complementará con las normas previstas en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública -Ley 80 de 1993-.

Por último, en armonía con la modificación realizada por la Ley 1955 de 2019, se presenta un *tercer régimen* que encuentra su fundamento en los parágrafos tercero y quinto del artículo tercero de la Ley 136 de 1994, adicionado por el artículo 128 de la Ley 1955 de 2019 *«Por el cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022. Pacto por Colombia, Pacto por la Equidad».* La Agencia en distintos conceptos[17], ha considerado que estas normas deben interpretarse armónicamente con lo dispuesto en el artículo 141 de la precitada ley[18] y el artículo 55 de la Ley 743 de 2002[19] -norma vigente hasta la expedición de la Ley 2166 de 2021-. De conformidad con tales disposiciones normativas, las organizaciones comunitarias cuentan con la posibilidad de «vincularse al desarrollo

[16] A la luz del artículo 3 092 de 2017 del Decreto se entiende como entidad de reconocida identidad aquella que es «*adecuada y apropiada para desarrollar las actividades que son objeto del Proceso de Contratación y cuenta con experiencia en el objeto a contratar*».

[17] Al respecto puede consultarse, entre otros, los conceptos C–155 del 14 de abril de 2021, C-364 del 28 de julio de 2021, C-394 del 17 de septiembre de 2021 y C-627 del 25 de octubre de 2021.

[18] Ley 136 de 1994 «Artículo 141. Vinculación al desarrollo municipal: Las organizaciones comunitarias, cívicas, profesionales, juveniles, sindicales, benéficas o de utilidad común no gubernamentales, sin ánimo de lucro y constituidas con arreglo a la ley, podrán vincularse al desarrollo y mejoramiento municipal mediante su participación en el ejercicio de las funciones, la prestación de servicios o la ejecución de obras públicas a cargo de la administración central o descentralizada».

[19] Ley 743 del 2002 «Artículo 55. Conforme al artículo 141 de la Ley 136 de 1994, las organizaciones comunales podrán vincularse al desarrollo y mejoramiento municipal, mediante su participación en el ejercicio de sus funciones, la prestación de servicios, o la ejecución de obras públicas a cargo de la administración central o descentralizada.
»Los contratos o convenios que celebren los organismos comunales se regularán por el régimen vigente de contratación para organizaciones solidarias».

y mejoramiento municipal mediante la participación en el ejercicio de las funciones, la prestación de servicios o la ejecución de obras públicas a cargo de la administración central o descentralizada». Para ese efecto, se dará aplicación a los artículos 375 a 378 del Decreto 1333 de 1986 y al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Esta modalidad de contratación resulta aplicable a todos los casos no reglamentados a través de normas específicas en los que: i) se vinculen entidades del orden nacional, municipal o distrital y organizaciones comunales, ii) se cumpla con el objetivo planteado en el parágrafo tercero del artículo 3 de la Ley 136 de 1994, en consonancia con el artículo 355 constitucional, y iii) no exista otra forma especial de contratación.

En consecuencia, si una entidad pretende la suscripción de un contrato con un organismo de acción comunal, deberá determinar con fundamento en lo antes expuesto, el respectivo régimen contractual aplicable para ello.

3. Respuesta

> «Pueden las entidades territoriales en virtud de lo señalado en el artículo 68 (equipamientos comunales) de la ley 2166 de 2021, dar en donación bienes muebles a las juntas de acción comunal, en caso positivo esta se hará mediante la celebración de un contrato de donación o la expedición de un acto administrativo de entrega? [sic]»

Conforme a lo expuesto el artículo 355 de la Constitución Política de Colombia, prohibió en su inciso primero cualquier tipo de auxilio o donación por parte del Estado a personas naturales o jurídicas de derecho privado. Sin embargo, la Corte Constitucional mediante sentencia C-027 de 2016 al determinar el alcance de dicho artículo, señaló que dicha prohibición no puede entenderse de manera absoluta, dado a que el Estado tiene autorizado por la misma constitución el realizar subvenciones, a través de sus órganos y ramas que ejercen el poder público, a todas las actividades de las empresas de derecho privado.

Así pues, el Alto Tribunal Constitucional en la misma sentencia determinó dentro de las circunstancias en las que serían válidos los auxilios y donaciones, la de *«albergar una finalidad estrictamente altruista y benéfica dirigida a alentar una actividad de interés público, a través de entidades sin ánimo de lucro».* Situación que hace referencia al inciso segundo del artículo 355 superior, que facultó a las entidades públicas para que con los recursos de los respectivos presupuestos, celebren contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el Plan Nacional y los planes seccionales de Desarrollo.

Ahora bien, con la expedición de la Ley 2166 de 2021 mediante la cual se desarrolla el artículo 38 de la Constitución Política de Colombia en lo referente a los organismos de acción comunal, en su artículo 68 habilitó presupuestalmente a las entidades del orden del orden

territorial para que realicen inversiones en aquellos bienes de equipamiento comunal, facultando a las entidades del orden territorial, bien sean municipios, distritos o departamentos, para destinar recursos con el objeto de adecuar, construir o mejorar los bienes que sean de su propiedad o de los organismos de acción comunal legalmente constituidos. Sin embargo, en dicha norma no se estableció la forma en la que las entidades podrían a disposición de los organismos de acción comunal los bienes que fuesen de su dominio, posesión, goce o tenencia.

Según se evidencia, esta disposición facultó a las entidades del orden territorial, bien sean municipios, distritos o departamentos, para destinar recursos con el objeto de adecuar, construir o mejorar los bienes que sean de su propiedad o de los organismos de acción comunal legalmente constituidos. Sin embargo, en dicha norma no se estableció la forma en la que las entidades podrían a disposición de los organismos de acción comunal los bienes que fuesen de su dominio, posesión, goce o tenencia.

En ese orden, de conformidad con el criterio hermenéutico según el cual ***cuando la norma no distingue no le es dable al intérprete hacerlo***[20]., esta Agencia no podría determinar si bajo el precepto normativo estipulado en el artículo 68 de la Ley 2166 de 2021, las entidades del orden territorial están o no facultadas para donar sus bienes a las juntas de acción comunal, pues este señala aspectos meramente presupuestales. De ahí que, sea obligación de la entidad territorial que pretende dotar o equipar a las Juntas de Acción Comunal, determinar el tipo de contrato o vía jurídica que desea optar para llevar a cabo dicho fin.

Este concepto tiene el alcance previsto en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y las expresiones aquí utilizadas con mayúscula inicial deben ser entendidas con el significado que les otorga el artículo 2.2.1.1.1.3.1. del Decreto 1082 de 2015.

Atentamente,

Original Firmado
Nohelia del Carmen Zawady Palacio

Nohelia del Carmen Zawady Palacio
Subdirectora de Gestión Contractual ANCP-CCE

[20] Cfr. Sentencia C-317 de 2012 (M.P. María Victoria Calle Correa). En igual sentido, el artículo 27 del Código Civil establece que «Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu». Aquí el concepto de ley se entiende en un sentido material, como norma jurídica.

Compartido por:
BeltránPardo
Abogados & Asociados

Elaboró:	Nasly Yeana Mosquera Rivas Analista T2 – 06 de la Subdirección de Gestión Contractual
Revisó:	Any Alejandra Tovar Castillo Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual
Aprobó:	Nohelia del Carmen Zawady Palacio Subdirectora de Gestión Contractual