

Donaciones y subsidios en la carta política de 1991 *

Donations and subsidies in the constitution of 1991

Adriana Victoria Álvarez Trujillo **

**Abogada de la Universidad de Antioquia, especialista en Derecho Administrativo de la Universidad Pontificia Bolivariana y especialista en Derecho Constitucional y Ciencias Políticas de la Universidad Carlos Tercero en Madrid España. Aspirante a magíster en Derecho Procesal Constitucional de la Universidad Lomas de Samora de Buenos Aires- Argentina. Profesora de derecho constitucional y teoría del Estado en la Universidad CES. Correo electrónico: wairanana@gmail.com

Recibido: 1 de Mayo de 2012

| *Aprobado: 22 de Mayo de 2012*

Resumen

La prohibición establecida en la Constitución Política en el artículo 355, que impide a los órganos y ramas del poder público decretar auxilios o donaciones en favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado, es un tema altamente sensible en Colombia, sin embargo dicha prohibición no es absoluta, tiene excepciones y matices. Los subsidios en tanto, han sido contemplados y autorizados en la Constitución teniendo en cuenta que para concederlos se requiere la promulgación de una ley en la cual se establezcan beneficiarios, temporalidad, costo – beneficio y finalidad.

Las desigualdades de la población y las exclusiones a que han sido sometidos algunos grupos poblacionales sectores en contraposición con la responsabilidad y compromiso del Gobierno para cumplir con los postulados del Estado Social de Derecho, convierten el tema de la distribución y redistribución de los recursos públicos en un asunto de importancia nacional y es por ello que se presentan algunas reflexiones en torno a las donaciones y los subsidios, bajo el entendido de que no son, ni pueden ser tomados como sinónimos, que tienen diferencias sustanciales y que la indebida aplicación podrá acarrear responsabilidad para los servidores que abusen o que desconozcan los postulados constitucionales y los parámetros establecidos por vía jurisprudencial para garantizar el manejo transparente y eficiente de los recursos públicos.

Palabras Claves

Donaciones, subsidios, presupuesto público, subvención, incentivos

Abstract

The prohibition in the Constitution in Article 355, which prevents the bodies and branches of go-

* Este artículo de reflexión presenta los resultados de investigación realizada al tema de las "donaciones y los subsidios" teniendo en cuenta la consagración Constitucional de ambas figuras, dicha investigación tiene intereses académicos y se presenta desde una perspectiva interpretativa y analítica, que permite reflexionar sobre el manejo y disposición de los recursos públicos

vernment subsidies or donations declare for natural or legal persons of private law is a highly sensitive issue in Colombia, but that prohibition does not is absolute, there are exceptions and nuances. While subsidies have been provided and authorized in the Constitution considering that for issue requires the enactment of a law which established beneficiaries, timing, cost - benefit and purpose

The inequalities of the population and exclusions have undergone some population groups as opposed to areas of responsibility and commitment of the Government to comply with the principles of rule of law, become the subject of the distribution and redistribution of public resources a matter of national importance and that is why are some reflections on donations and grants, with the understanding that they are not, or can be taken as synonyms, which have substantial differences that may lead to misapplication responsibility for servers who abuse or unfamiliar with the constitutional principles and the parameters established through case-law to ensure transparent and efficient management of public resources.

KeyWords

Grants, subsidies, budget, grant incentives.

Introducción

Cuando se aborda el tema de las donaciones y los subsidios otorgados por el Estado, el asunto adquiere connotaciones importantes, especialmente en Colombia a partir de la vigencia de la Constitución de 1991. Para casi todos, ambas figuras son similares y se aplican como si fueran lo mismo, tuvieran las mismas causas y consecuencias, es por ello, que nos ocupamos hoy de mostrar lo que implican cada una de las figuras, procurando que al momento de actuar se haga con la claridad y brindando la importancia que el tema se merece, particularmente al momento de ejecutar proyectos de las diferentes entidades públicas.

Para llevar un hilo conductor que permita claridad sobre el tema, se destaca que la disposición cons-

titucional que sirve de soporte para las consideraciones que se esbozarán, es el artículo 355 en materia de prohibición para las donaciones y de auxilios, y los artículos que regulan y autorizan los subsidios, son entre otros los artículos 46, 48, y 368, los cuales se transcriben:

“Artículo 355: Ninguna de las ramas u órganos del poder público podrá decretar **auxilios o donaciones** en favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado.

El Gobierno, en los niveles nacional, departamental, distrital y municipal podrá, con recursos de los respectivos presupuestos, 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”

Artículo 46. El Estado, la sociedad y la familia concurrirán para la protección y la asistencia de las personas de la tercera edad y promoverán su integración a la vida activa y comunitaria.

El Estado les garantizará los servicios de la seguridad social integral y el subsidio alimentario en caso de indigencia.

Artículo 48. Seguridad social. Inciso adicionado por el artículo 1 del Acto Legislativo 1 de 2005. El nuevo texto es el siguiente:> Para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones. Ninguna pensión podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente. Sin embargo, la ley podrá determinar los casos en que se *puedan conceder beneficios económicos periódicos inferiores al salario mínimo, a personas de escasos*

recursos que no cumplan con las condiciones requeridas para tener derecho a una pensión. (subrayas propias)

“Artículo 368. La Nación, los departamentos, los distritos, los municipios y las entidades descentralizadas podrán conceder subsidios, en sus respectivos presupuestos, para que las personas de menores ingresos puedan pagar las tarifas de los servicios públicos domiciliarios que cubran sus necesidades básicas” (subrayas propias).

Sería recomendable que las personas (candidatos) que postulan su nombre en las elecciones, tuvieran claridad sobre el particular, para que posteriormente cuando sean elegidos y elaboren su plan de desarrollo lo hagan conscientes de la realidad normativa del país, y de la responsabilidad que asumen cuando disponen de los recursos públicos en la ejecución de los diferentes planes, programas y proyectos.

Ahora bien, en el contexto jurídico se advierten particularidades y elementos diferenciadores entre las donaciones y los subsidios y es a partir de estos que se colocan límites y distinciones y será del significado, alcance, realidad, consecuencias jurídicas de las donaciones y los subsidios que se ocupa el presente trabajo que se plantea para efectos prácticos y metodológicos con el desarrollo de tres acápite:

1. Recuento Histórico de la figura de las donaciones y los subsidios.
2. Recuento normativo y jurisprudencial.
3. Consideraciones jurídicas sobre el particular y conclusiones.

Recuento Histórico de la figura de las donaciones y los subsidios

De las donaciones

La Constitución de 1886, a partir del Acto Le-

gislativo número 1 de 1945, incluyó como competencia 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 encomendada igualmente con fundamento en los artículos 76 y 187 a las Asambleas Departamentales y a los Concejos Municipales. Para algunos, este es el antecedente histórico de los auxilios y donaciones, aunque algunos los atribuyen a la reforma constitucional de 1968.

Pues bien, esa actividad propia del Congreso, de las asambleas y los concejos municipales y llamada de “fomento”, conforme lo dispuesto por el artículo 76 y 187 de la Constitución de 1886 fue reglamentada, entre otras, por las Leyes 25 de 1977, 30 de 1978 y 61 de 1989 en los siguientes términos:

Artículo 1º de la Ley 25 de 1977:

“(...) Para todos los efectos del numeral 20 del artículo 76 de la Constitución Nacional, son empresas útiles y benéficas, dignas de estímulo y apoyo por la Nación, que el Congreso puede fomentar por medio de iniciativas legales, aquellas de derecho público o derecho privado, sin ánimo de lucro, que se ajusten 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 adopte ...”

Artículo 2º de la Ley 25 de 1977, autorizó al Congreso a realizar apropiaciones en los presupuestos de la Nación y de los establecimientos descentralizados, para programas de fomento regional y de empresas útiles y benéficas, siempre que las mismas fuesen dirigidas a entidades sin ánimo de lucro.

Ley 30 de 1978, mediante esta ley se adopta un plan y un programa de fomento a empresas úti-

les y benéficas de desarrollo regional, se dictan las reglas del gasto y se dictan normas relacionadas con el control y vigilancia de las correspondientes apropiaciones presupuestales.

Ley 61 de 1989 mediante la cual se decreta el Gasto público sujeto al plan y programa aprobados por las Leyes 11 de 1967, 25 de 1977 y 30 de 1978, por valor de doce mil veinte millones de pesos (\$ 12.020.000.000), para ser incluidos en el Presupuesto de 1990 como aportes para el fomento a empresas útiles y benéficas de desarrollo regional.

Dentro de los sectores y obras, empresas útiles y benéficas, a las cuales se podían otorgar partidas del presupuesto público para fomento, se clasificaron casi todos los renglones de la economía y los sectores, por ejemplo: salud, educación, ciencia y cultura, obras públicas, vivienda, desarrollo hidroeléctrico y telecomunicaciones, sector ecológico, agropecuario, desarrollo de la comunidad y de la asociación y proyectos y obras de las Juntas de Acción Comunal, de tal suerte que cualquier obra o proyecto podría recibir recursos del estado para el fomento del cual hablaba el artículo 76 de la Carta Constitucional.

Dichas entregas de recursos obedecían a requisitos como: Ser empresas útiles y benéficas, sin ánimo de lucro y, cuyos proyectos o acciones fueran para atender necesidades insatisfechas y que en todo caso se ajustaran a los planes y programas de desarrollo local, regional o nacional. Pues bien, este esquema, que en teoría solo consagraba cosas buenas para el país, terminó convirtiéndose en un esquema politizado y con serios visos de corrupción al momento de aplicarlo, particularmente por la forma como se entregaban o repartían los recursos del presupuesto público por parte de los parlamentarios, hasta el punto que se presentaron situaciones como financiando campañas políticas, abonando

créditos personales a la banca, y engrosando cuentas personales o familiares de los representantes elegidos por votación popular. Sobre el recuento pormenorizado de dicha situación se puede consultar la sentencia C-372 de 1994.

Tan desastrosa y vergonzosa práctica política no podía permanecer, y es por ello que en las discusiones de la Constitución de 1991, el rechazo de algunos integrantes de la asamblea constituyente no se hicieron esperar y luego de algunos debates se consagró el artículo 355 como una prohibición que permitiría poner freno a dicha conducta, utilizando para ello argumentos como estos:

"Por desgracia, el mal ha hecho metástasis en todo el sistema colegiado del país. Lo que sucede con los auxilios decretados por los congresistas, se repite en las asambleas departamentales y en los concejos municipales. Según los más conservadores cálculos, las partidas de las que disponen libremente los diputados y concejales superan los cuarenta mil millones de pesos. Para la muestra un botón: en Bogotá D.E. son cerca de 2.400 millones y no hay asamblea, por pobre que sea su departamento, en la que esta cifra baje de 1.000 millones.

"En total, por consiguiente, estamos ante la abrumadora cifra de setenta mil millones de pesos del erario público que este año de gracia de 1991, podrían gastarse sin control y muchas veces, con fines torticeros, muy distintos a los del bien común. Es sin duda, una fuente de corrupción que debe extirparse.

"La Comisión cuarta de esta Asamblea Constituyente aprobó ya la total eliminación de los auxilios parlamentarios. Esta prohibición será sin duda ratificada por

¹ Actas de la Asamblea Nacional Constituyente.

el plenario. Pero obrará hacia adelante. Mientras tanto, si no hacemos algo, permitiremos que culmine una irregularidad sin nombre con la cifra más alta de la historia. No tendríamos justificación ni perdón si lo hiciéramos”¹.

Dicha prohibición tiene en consecuencia un antecedente real y que no debemos olvidar, la necesidad del estado de erradicar en forma definitiva de nuestro ordenamiento jurídico la figura de los denominados “auxilios parlamentarios” teniendo en cuenta que ellos desbordaron el propósito para el cual fueron creados, alimentaron prácticas corruptas, pervirtieron las instituciones democráticas y al final de cuentas solo se beneficiaron quienes eran seleccionados en forma ilegítima y para acciones igualmente cuestionables, en resumidas cuentas, se pretende con esta prohibición sanear el manejo de los recursos públicos y disminuir las prácticas de corruptela de la clase política, a través del uso y distribución indebida de los recursos públicos.

De los subsidios

La Constitución de 1886 consagró la figura de los subsidios en diferentes artículos, entre ellos el artículo 19 que prescribía:

“La asistencia pública es función del estado. Se deberá prestar a quienes careciendo de medios de subsistencia y de derecho para exigirla de otras personas, estén físicamente incapacitados para trabajar.

La ley determinará la forma como se preste la asistencia y los casos en los cuales deba darla directamente el estado.”

Así mismo el artículo 41 consagró un subsidio a la educación, a partir del plebiscito de 1957 estableciendo que el estado debe invertir por lo menos el 10% de su presupuesto en la educa-

ción primaria que será gratuita.

A lo largo de la vigencia de la Carta de 1886 y sus reformas no se plantearon discusiones en torno a la pertinencia de los subsidios, ni de la forma como se disponía de ellos en el presupuesto, y es que a diferencia de las donaciones (auxilios parlamentarios) era claro y lo sigue siendo, que los subsidios tienen un propósito y contenido social, mediante los cuales el estado asume su obligación de brindar apoyo a los menos favorecidos, es por ello que la figura no tuvo el uso y aplicación tan desafortunada que presentó la figura de las donaciones.

Hoy, la Constitución Política consagra muchas disposiciones en las cuales se mantienen los subsidios, entre ellas: artículos 43, 46, 48, 50, 51, 69 y 368.

Recuento normativo y jurisprudencial

Donaciones

“Artículo 355. Ninguna de las ramas u órganos del poder público podrá decretar auxilios o donaciones en favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado.

El Gobierno, en los niveles nacional, departamental, distrital y municipal podrá, con recursos de los respectivos presupuestos, 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”.

De la lectura del artículo, 355 de la Carta Constitucional, se desprende que:

El Gobierno, no puede disponer de los recursos

del estado para decretar auxilios o donaciones en favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado. Es claro que se refiere a prohibición de auxilios y donaciones, pero no de subsidios.

La prohibición consagrada en el artículo 355 no es absoluta, tiene matices, entre ellos:

La prohibición es para decretar auxilios o donaciones decretadas en favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado, pero nada se dice de las donaciones entre entidades públicas y de otro lado, el Gobierno, en los niveles nacional, departamental, 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.

Esto significa que si bien no es posible decretar auxilios o donaciones, si es posible que las entidades privadas sin ánimo de lucro puedan acceder a recursos del estado para ejecutar los planes y proyectos propios por vía de contratos con el estado y cumpliendo los requisitos que se imponen de los cuales nos ocuparemos más adelante.

De otro lado, y atendiendo otro precepto constitucional, abordamos el Artículo 70 en el cual se lee que el Estado tiene el deber de promover y fomentar el acceso a la cultura de todos los colombianos en igualdad de oportunidades, por medio de la educación permanente y la enseñanza científica, técnica, artística y profesional en todas las etapas del proceso de creación de la identidad nacional y el Artículo 71 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.

Estas dos normas constitucionales aportan elementos nuevos en el tema de las donaciones y su prohibición, pero expresa que: El estado debe promover y fomentar el acceso a la cultura de todos los colombianos y que el estado creará incentivos para las personas y entidades que desarrollen y fomenten la ciencia y la tecnología. Posteriormente se desarrolla el artículo 355 de la Carta mediante la expedición del Decreto 777 de 1992 reglamentario de la Constitución, y que en el mismo año, fue modificado por el Decreto 1403, los mismos que se ocupan de los contratos a que se refiere el inciso segundo del Artículo 355 de la Constitución Política, esto es, de los contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad suscritos con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el Plan Nacional y los planes seccionales de Desarrollo.

Ahora bien, el tema de las donaciones y los auxilios tiene en Colombia una vastísima jurisprudencia, de la cual nos ocupamos en este acápite, citando especialmente lo que hasta el momento han dicho la Corte Constitucional y el Consejo de Estado.

Subsidios

Respecto de los subsidios, es importante anotar que muchas y variadas son las normas constitucionales que se ocupan de la permisibilidad u obligación social del estado en materia de conceder u otorgar subsidios con el propósito de mejorar las calidades y condiciones de vida de los habitantes del territorio nacional:

- Artículo 43, autoriza subsidio alimentario a la mujer embarazada o lactante si se encuentra desempleada o desamparada.
- Artículo 46, reconoce subsidio alimentario a personas de la tercera edad en estado de indigencia.
- Artículo 48, autoriza un subsidio dirigido a ampliar la cobertura en materia de seguridad social.

- Artículo 50, establece la atención gratuita a todo niño menor en instituciones que recibían aportes del Estado.
- Artículo 51, autoriza la promoción de planes de vivienda de interés social, sistemas de financiación y formas asociativas de ejecución de programas de vivienda para que todos los Colombianos tengan una vivienda digna.
- Artículo 52, obligación del Estado de fomentar las actividades deportivas y recreativas.
- Artículo 64, corresponde al Estado garantizar el acceso progresivo a la propiedad de la tierra de los trabajadores del campo.
- Artículo 69, creación de mecanismos financieros dirigidos a facilitar el acceso de personas aptas a la educación superior.
- Artículo 71, autoriza el fomento y creación de incentivos para personas e instituciones que desarrollen y fomenten la ciencia y la tecnología.
- Artículo 305, numeral 6, autoriza a los gobernadores a fomentar las empresas, industrias y actividades convenientes al desarrollo económico, social y cultural del departamento.
- Artículo 368, por el cual la Nación, los departamentos, distritos, municipios y entidades descentralizadas pueden conceder subsidios, en sus respectivos presupuestos, para que las personas de menores ingresos puedan pagar sus tarifas y cubrir sus necesidades básicas.

Algunos de los subsidios que se otorgan o pueden otorgar en Colombia han tenido desarrollo legislativo, entre ellos:

- El subsidio familiar, Ley 21 de 1982, que puede tener diferentes modalidades, según lo dispone el artículo 5º: En dinero, en especie y en servicios.
 1. Subsidio en dinero es "la cuota monetaria que se paga por cada persona a cargo que dé derecho a la prestación".
 2. Subsidio en especie es "el reconoci-

miento de alimentos, vestidos, becas de estudio, textos escolares, drogas y demás frutos o géneros diferentes al dinero que determine la reglamentación...".

3. Subsidio en servicios es "aquél que se reconoce a través de la utilización de obras y programas sociales que organicen las Cajas de Compensación Familiar...".

- El subsidio familiar de vivienda, Ley 3 de 1991, y posteriormente se ha venido ampliando y reglamentando mediante decretos.
- El subsidio a los servicios públicos. La Ley 142 de 1993 define subsidio en el numeral 14.29 del artículo 14, de la siguiente manera:

"Subsidio. Diferencia entre lo que se paga por un bien o servicio, y el costo de éste, cuando tal costo es mayor al pago que se recibe".
- El subsidio a las tecnologías. Ley 1341 de 2009
- Programas de Incentivos cambiarios, pesqueros y del agro. La política pública de incentivos desarrolla los principios jurídicos del artículo 65 superior y del artículo 7 de la Ley 101 de 1993. Y decreto 4390 de 2004
- Subsidio de transporte. Ley 105 de 1993. Artículo 9.

"El Gobierno Nacional, las Asambleas Departamentales y los Concejos Distritales y Municipales podrán establecer subsidios a favor de estudiantes, personas discapacitadas físicamente, de la tercera edad y atendidas por servicios de transporte indispensables, con tarifas fuera de su alcance económico. En estos casos, el pago de tales subsidios será asumido por la entidad que lo establece la cual debe estipular en el acto correspondiente la fuente presupuestal

que lo financie y una forma de operación que garantice su efectividad. Los subsidios de la Nación sólo se podrán canalizar a través de transferencias presupuestales”.

- Jurisprudencia de la Corte Constitucional:

En su jurisprudencia, la Corte Constitucional se ha pronunciado en numerosas oportunidades acerca del contenido y alcance, tanto de la prohibición de donaciones a particulares del artículo 355 de la Carta Política, como de los subsidios.

Sentencia C-372 de 1994. Esta sentencia, la primera de muchos pronunciamientos de la Corte respecto de las donaciones y los subsidios en Colombia y las prohibiciones y autorizaciones. En esta sentencia la Corte Constitucional formula una lista de situaciones que en la práctica fueron los fundamentos de la restricción, prohibición y limitaciones contenidas en el artículo 355 superior:

“(…) primer lugar, los evidentes efectos nocivos que suscitó una mala interpretación de la filosofía inspiradora de la reforma de 1968 que, en lugar de fortalecer la justicia social como norma directriz del gasto público, hizo que éste careciera de un control de ejecución. En segundo lugar, los recursos públicos asignados a la entidad privada se estaban manejando con un criterio que no siempre coincidía con los planes y programas de desarrollo, desconociendo así la obligación de procurar el bienestar común, la consolidación de un orden justo y la prevalencia del interés general. Finalmente, la línea determinante en la distribución de recursos no era, propiamente, la justicia, sino la liberalidad; es decir, no había un criterio de dar a cada cual según sus necesidades

y de acuerdo con un plan basado en el interés general, sino que se destinaban los bienes del Estado de conformidad con la voluntad subjetiva y algunas veces arbitraria del individuo facultado para ello. En cuanto al fin que busca la norma superior que erradica los denominados “auxilios parlamentarios” (Art. 355 C.P.), es claro que se procura que exista un control previo y posterior al destino y ejecución de los dineros públicos destinados a la realización de actividades conjuntas de interés público o social, siendo esa es (sic) la razón de ser del Contrato que se estipula en el inciso segundo del artículo superior en comento”. (Subrayas fuera de texto)

Sentencia C-506 de 1994. Se empieza a considerar el tema de las excepciones a la prohibición constitucional de las donaciones y es justo la necesidad de suscribir contratos con entidades privadas de reconocida idoneidad, debe existir fundamento constitucional expreso, en el caso de esta sentencia fomento de la investigación y de la actividad científica y tecnológica (artículos 69 y 71 de la Carta), para la atención de una actividad específica de carácter público identificada en la Constitución y en la ley. Es a través de esta sentencia que se determina que la prohibición consagrada en la norma constitucional no es absoluta, sino que tiene matices.

Sentencia C-205 de 1995. En esta sentencia, la Corte reconoce que todo subsidio estatal a usuarios de un servicio público o beneficiarios de una inversión pública, tiene inmersa una transferencia de recursos del Estado en favor de un particular, y que ello se da sin contraprestación alguna, que ello al tenor del artículo 355 de la C.P. está prohibido. Sin embargo, reconoce la diferencia entre subsidio y donación, cuando expresa que “sólo es procedente si el subsidio, concedido por la ley, se basa en una norma o principio constitucional, y resulta imperioso para realizar una finalidad esencial del Estado”.

"(...) Pretende, de esta manera, el incentivo promover la igualdad real y efectiva, habilitando a los pequeños productores como eventuales usuarios y beneficiarios de las obras públicas de adecuación de tierras (CP art. 13) y evitar, como se ha visto, que el cumplimiento de un deber estatal no se traduzca en la práctica en el incumplimiento de otro. Los pequeños productores se encuentran en condiciones socioeconómicas diferentes respecto de los medianos y grandes productores y arriesgan perder sus parcelas si se someten a una misma metodología y sistema de cobro".

Sentencia C-251 de 1996. En esta sentencia, la Corte concluye que la Constitución en su artículo 355 no prohíbe que el Estado transfiera a los particulares recursos públicos sin contraprestación económica, pero que para que ello sea viable, dicha transferencia debe tener fundamento y razón de ser en el acatamiento de principios y derechos constitucionales expresos, de tal suerte que el estado pueda garantizar el cumplimiento de los deberes sociales de las autoridades en virtud del estado social de derecho. Reitera la posición asumida en la Sentencia C-205 de 1995, cuando concluye que los subsidios no están prohibidos, (ello los hace diferentes a las donaciones) porque no son actos de mera liberalidad sino de justicia distributiva, que el estado los debe establecer y reglamentar con el fin de satisfacer derechos consagrados en la Constitución.

Se insiste, en que la diferencia fundamental entre las donaciones y los subsidios es precisamente esta que determina la Corte Constitucional en la sentencia: Que los subsidios son una muestra del estado de su obligación de actuar con compromiso y responsabilidad social en atención y acatamiento a los postulados del estado de derecho.

Sentencia C-152 de 1999. Lo más destacado de esta sentencia es que la Corte concluye que: Conforme la Carta constitucional, el Estado puede conceder subvenciones, estímulos económicos o subsidios a particulares, cuando estos desarrollan actividades dignas y merecedoras de apoyo, tal es el caso del artículo 71 de la C.P. según el cual "*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*". De otro lado establece que la Constitución, no determina la forma de concederlos, ni a quien deben beneficiar por lo cual concluye que corresponde al Legislador, en ejercicio de su facultad legislativa y su reserva legal.

Justamente, lo que ha sucedido en el estado colombiano, es que el legislador ha asumido su responsabilidad y obligación de legislar en materia de subsidios.

Sentencia C – 1168 de 2001. La Corte examina en este pronunciamiento las partidas de desarrollo regional, y concluye que las mismas, no configuran auxilios parlamentarios, que son constitucionales, porque se ajustan a los requerimientos establecidos en la Carta y en consecuencia no violentan el artículo 355 de la Carta. Pero que es necesario que se sujeten las partidas de desarrollo regional, a unos parámetros: Promover el desarrollo armónico de las regiones (Art. 334 C.P.), ajustarse a los principios de planeación y legalidad del gasto (Arts 339, 345 y 346 C.P.), las autoridades encargadas de aprobar los proyectos concretos de inversión, deben explicar y motivar con argumentos serios y coherentes por qué es escogido un proyecto de inversión y no otro para asignarle las partidas de desarrollo regional, la ejecución de las partidas de desarrollo regional deben ajustarse a las normas orgánicas del presupuesto, pueden ser presentados los proyectos que aspiren ser beneficiarios de dichas partidas a iniciativa ciudadana, los pro-

yectos y programas con cargo a tales partidas deben haber sido decretados previamente por la ley con anterioridad a la expedición de la ley de presupuesto, para este caso, la Ley 628 de 2000. Y en caso de que esos proyectos y programas pretendan dar cumplimiento al plan de desarrollo, y no hayan sido decretadas en ley previa, dichos proyectos y programas deberán estar registrados en el Banco de Proyectos en forma previa a la apropiación de las partidas respectivas en la ley del presupuesto, según lo establecido en el artículo 68 del decreto 111 de 1996, por último, 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).

Sentencia C-712 de 2002. La Corte ya con un inmenso recorrido ha encontrado puntos diferenciales entre las donaciones y los subsidios, y se ha pronunciado en esta sentencia en los siguientes términos:

“(1) La prohibición de los auxilios y donaciones, es la respuesta al abuso derivado de la antigua práctica de los “auxilios parlamentarios”, y en buena medida explica su alcance. (2) La prohibición de los auxilios y donaciones, no significa la extinción de la función benéfica del Estado, la cual puede cumplirse a través de la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro y reconocida idoneidad (3) El auxilio o donación, materia de la prohibición, se caracterizan por la existencia de una erogación fiscal en favor de un particular sin que ella tenga sustento en ninguna contraprestación a su cargo. Igualmente, corresponden a estas categorías, las transferencias a particulares, que no estén precedidas de un control sobre los recursos o que éste no pueda realizarse con posterioridad a la asignación. Finalmente, se

califican de esta manera, las prácticas que por los elementos que incorporen, puedan tener la virtualidad de revivir la proscrita figura de los auxilios. (4) Por vía negativa, no se consideran auxilios o donaciones, las transferencias presupuestales que se hacen a entidades descentralizadas. (5) No se estima que se viole el artículo 355 de la C.P., cuando el Estado otorga subsidios, estímulos económicos, ayudas incentivos, en razón del cumplimiento de deberes o principios de origen constitucional que describen actividades públicas irrenunciables.”

Sentencia C-100 de 2005. En esta sentencia la Corte Constitucional analiza el caso de algunos incentivos y estímulos económicos que pueden beneficiar a particulares:

“(…) El resultado económico de las empresas no es indiferente para el Estado. En algunos casos se desearía favorecer la industrialización de una determinada región; en otros, los objetivos de la política económica, pueden orientarse a desestimular ciertas iniciativas y empresas, ya sea por una excesiva oferta en el mercado o por sus efectos perjudiciales en términos de absorción de determinadas materias primas o recursos financieros. En estos casos, aparte de los medios de intervención directa, el Estado puede legítimamente establecer políticas de estímulo de las que se beneficiarían los operadores económicos que sigan sus pautas. El conjunto de estas políticas - créditos de fomento, exenciones tributarias, garantías, autorizaciones especiales, facilidades crediticias y cambiarias, contratos-programa, premios, inversiones en el capital social etc. -, sin duda, amplía la esfera de la empresa y le imprime materialmente a su actividad, en la medida en que ella efectivamente secunde los objetivos de la intervención

estatal, una función social específica. Cabe concluir que en ciertos casos la función social de la empresa, se logra como una contrapartida a los incentivos económicos que el legislador decide otorgar con vistas a alcanzar determinados objetivos económicos de interés general.”

Sentencia C-042 de 2006. Creación de incentivos. No de donaciones. En esta ocasión dijo la Corte Constitucional, que con la creación y aplicación de algunos incentivos, no se atenta contra la prohibición contenida en el artículo 355 constitucional, por cuanto corresponden a un *“instrumento económico habilitado por la facultad de intervención del Estado en la economía de conformidad con los artículos 333 y 334 de la Constitución Política, dirigido a fomentar actividades que por su grado de afectación para el sistema macroeconómico, requería del control y la regulación permanentes por parte de las autoridades públicas”*.

Sentencia C-507 de 2008. En esta sentencia se ocupa la Corte Constitucional de revisar el tema de la creación indeterminada de apoyos o incentivos económicos, consagrada en la ley -Ley 1151 de 2007-, plan nacional de desarrollo, en este caso es necesario mencionar que el artículo que consagraba dicho privilegio, fue declarado inexecutable por cuanto pretendía que fuera facultad del gobierno nacional establecer no solo el tipo de apoyo y beneficio económico, sino determinar la forma y los beneficiarios, así como la cuantía, sin embargo es necesario hacer la siguiente reseña: En esta sentencia se establecieron los requisitos generales para autorizar cualquier excepción al artículo 355 superior, así:

“1. Toda asignación de recursos públicos debe respetar el principio de legalidad del gasto. 2. Toda política pública del sector central, cuya ejecución suponga la asignación de recursos o bienes públicos, debe encontrarse reflejada en el Plan Nacional de Desarrollo y en el correspondiente Plan de Inversión. 3. Toda disposición que autorice una asignación

de recursos públicos, sin contraprestación por parte del beneficiario, tiene que encontrarse fundada en un mandato constitucional claro y suficiente que la autorice. 4. Debe respetar el principio de igualdad”.

Sentencia C- 324 de 2009. Mediante esta sentencia la Corte Constitucional, no solo hace un recuento de las principales sentencias que en materia de donaciones y subsidios ha proferido la Corporación, sino que establece requisitos y criterios para entender la prohibición y las excepciones contenidas en el artículo 355 de la Carta. Al mismo tiempo se ocupó de establecer parámetros precisos y claros que permitan diferenciar las donaciones de los subsidios.

“ (...) La prohibición general de que trata el inciso primero del artículo 355 de la Carta se materializará 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, omite 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 con-

tribuya 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 los necesita o menos los merecen; (vi) cuando el subsidio tenga vocación de permanencia convirtiéndose en una carga al presupuesto público, en la medida que el subsidio o auxilio está llamado a producir efectos inmediatos dentro de una determinada coyuntura económica, de manera que una vocación de permanencia indica que la situación o sector al cual se dirige requiere de otras y más profundas medidas estructurales; 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. (...)"

Las diferencias fundamentales entre los conceptos de donación y subsidios, dice la Corte Constitucional radica en el origen y la finalidad que persiguen, y en tal sentido ha pronunciado: Los subsidios o subvenciones del estado pueden: (...)

(i) Albergar una finalidad estrictamente altruista y benéfica: Cuando este tipo de auxilio se otorga por mera liberalidad del Estado, se encontrará con que está prohibido por virtud del artículo 355 constitucional, pues debe asumirse que en países en vía de desarrollo como Colombia, debe privilegiarse el gasto social en concordancia con lo dispuesto en el artículo 350 superior, según el cual el gasto público social tendrá prioridad sobre cualquier otra asignación.

De esta forma, la finalidad altruista del auxilio se encuentra autorizada única-

mente 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, es decir, debe implicar un retorno para la sociedad en su conjunto, sin el cual la subvención carece de equidad y de toda justificación.

(iii) Derivarse de 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.

- Jurisprudencia del Consejo de Estado:

Sobre el particular y respecto de los auxilios y donaciones el Consejo de Estado se ha pronunciado en múltiples oportunidades, algunas de ellas se reseñan por la claridad, importancia y especialmente por la significancia que reportan en el entendido de las pretensiones de este trabajo:

1. Sala de Consulta y servicio civil, en consulta número 504 del 22 de abril de 1993, expresó:

"El vocablo auxilio es sinónimo de ayuda, socorro, amparo y en el lenguaje constitucional se refiere a los pagos que

decretados por ley o acto administrativo, con dineros provenientes del Tesoro Público se hacen a título gratuito a personas naturales o jurídicas de derecho privado. En la Constitución anterior, dichos pagos solamente podían ser autorizados por el legislador, eran concebidos como parte de una política de fomento a empresas útiles o benéficas dignas de estímulo o apoyo y debían sujetarse a los planes y programas correspondientes”.

De la noción transcrita se deduce que el “auxilio” tiene las siguientes características:

1. Se trata de un pago decretado por ley o acto administrativo.
2. El pago se hace con dineros provenientes del Tesoro Público.
3. El pago se hace a título gratuito.
4. El pago se hace a una persona natural o jurídica de derecho privado. (...)

2. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 30 de agosto de 2001, Radicado. 18.922

“Los denominados en la Constitución Política como “subsidios”, es la diferencia entre lo que se paga por un bien o servicio, y el costo de éste, cuando tal costo es mayor al pago que se recibe, y que, normativamente hablando, se reflejan en el “El reparto que debe hacerse entre los usuarios como un descuento en el valor de la factura que éste debe cancelar, conforme a lo dispuesto en esta Ley y en las Ordenanzas y Acuerdos según el caso.” –art. 99.3 de la ley 142-. Se debe tener presente que el artículo 368 de la Constitución Política dispone que, con cargo a los recursos de las entidades estatales, se pueden otorgar subsidios para los usuarios de los SPD de menores ingresos. La Ley 142 trató el tema en el artículo 89.8 y contempló la

obligación de subsidiar los SPD, a cargo de la nación y las entidades territoriales. Esta norma fue declarada exequible por la Corte, quien consideró que la imposición legal a las entidades territoriales, para aportar recursos destinados a otorgar subsidios –por un cincuenta por ciento (50%)-, no vulneraba la autonomía territorial. Posteriormente esta norma fue modificada por el artículo 7 de la ley 632 de 2000. La diferencia de este texto con el original radica en que desapareció el porcentaje mínimo del 50% de los aportes a cargo de las entidades estatales con destino a conceder los subsidios, de donde resulta que si bien subsiste la obligación, desaparece el porcentaje mínimo de recursos que debían destinar. No obstante, considera la Sala que subsiste la obligación de subsidiar “la diferencia” a fin de asegurar los subsidios para los estratos 1, 2 y 3. Esta conclusión es válida, porque la parte final del artículo vigente dispone claramente que “... la diferencia será cubierta con otros recursos de los presupuestos de las entidades...” allí mencionadas. De lo anterior se sigue que es innegable la obligación que tiene el Estado de subsidiar, y cubrir la totalidad del subsidio, si ello es menester, por expresa decisión del legislador. La dificultad que ofrece la actual norma es que no define la manera, porcentaje o monto como cada entidad, de las varias obligadas a subsidiar, contribuirá a este propósito, lo que puede conducir al desconocimiento de este deber y del correlativo derecho. Sin embargo, centrando el problema a nivel municipal, se encuentra que estas entidades territoriales, según el artículo 5.3 de la ley 142, deben: “Disponer el otorgamiento de subsidios a los usuarios de menores ingresos, con cargo al presupuesto del municipio, de acuerdo con lo dispuesto en la ley 60/93 y la presente ley.” Esta norma remite a la ley 60

de 1993, derogada por la Ley 715.”

3. La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, mediante consulta No. 1.495 del 4 de julio de 2003.

Expresó que la prohibición de entregar y realizar donaciones, no es absoluta toda vez que no excluye la posibilidad de realizar donaciones de bienes muebles entre entidades públicas utilizando la figura de los convenios interadministrativos, siempre y cuando se cumpla con requisitos tales como: Las donaciones deben ser con el propósito de dar cumplimiento a deberes constitucionales, los bienes a donar no pueden ser de aquellos sobre los cuales se haya producido la desafectación en razón a que la entidad ya no los requiera para su servicio, por cuanto estos, por mandato legal, deben ser enajenados mediante contrato de venta.

4. Concepto No. 1.613 del 15 de diciembre de 2004, Sala de Consulta y Servicio Civil.

La Sala estableció igualmente que es posible donar bienes inmuebles entre entidades públicas, con el lleno de requisitos, entre ellos: Que las entidades públicas, no pueden transferir a título gratuito a otras entidades estatales los bienes que no sean necesarios para el desarrollo normal de sus funciones, salvo que medie autorización expresa e inequívoca por parte del legislador. De tal suerte que las entidades públicas que posean bienes inutilizados o innecesarios para el desarrollo normal de las funciones, deberán utilizar los procedimientos y acciones suficientes y necesarias tendientes a enajenarlos o arrendarlos, y dentro de dichas prácticas deberán ofrecerlos prioritariamente a los municipios y departamentos.

La donación como modo de transferir esa propiedad está limitada a los casos en que el legislador expresamente lo haya previsto, entendiéndose que no es viable la donación de inmuebles entre entidades públicas por cuanto, aunque la enajenación comprende formas onerosas y gratuitas, la facultad de enajenación no incluye en el campo público la facultad de hacerlo gratuitamente, pues esto requiere autorización legal expresa y sobre el particular cita la ley 708 de 2001 que establece normas relacionadas con el Subsidio Familiar para Vivienda de Interés Social².

5. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 19 de abril de 2007, Rad. 2004-00788.

“Por la trascendencia social de los subsidios, que tienen como fuente las contribuciones pagadas por los estratos 5 y 6 y el sector industrial y comercial, más los aportes de las entidades estatales, la misma Ley 142 de 1994, en el artículo 89, creó los denominados Fondos de Solidaridad y Redistribución de Ingresos. Según este precepto legal, los Fondos de Solidaridad constituyen un mecanismo administrativo que sirve para realizar la administración de los recursos que se destinan para pagar subsidios, en cualquiera de los servicios públicos. No obstante, esta norma fue derogada, parcialmente, por los incisos 3 y 4 del artículo 5 de la Ley 286 de 1986. (...) De conformidad con esta disposición, el régimen de los fondos es el siguiente: los municipios deben crear fondos para administrar las contribuciones excedentes en los servicios de acueducto, alcantarillado y aseo; mientras que la Nación debe hacerlo para los servicios de energía, telefonía –con la limitación

² Ley 708 de 2001, Artículo 8. Los bienes inmuebles fiscales de propiedad de las entidades públicas del orden nacional, de carácter no financiero, que hagan parte de cualquiera de las Ramas del Poder Público, así como de los órganos autónomos e independientes, que no tengan vocación para la construcción de vivienda de interés social, y además que no los requieran para el desarrollo de sus funciones, y no se encuentren dentro de los planes de enajenación onerosa que deberán tener las entidades, deben ser transferidos a título gratuito a otras entidades públicas conforme a sus necesidades (...).

temporal que establece la ley 1341 de 2009- y gas.

(...) " la Sala considera un serio error confundir la "tarifa baja" que el municipio cobra por los servicios que presta, con que el subsidio se encuentre incluido dentro de ella, pues la regulación de los SPD no admite este tipo de tratamiento para los subsidios, es decir, que a través del cobro de una tarifa mínima mensual no se otorgan los subsidios. En otras palabras, la tarifa es el precio que se cobra por el servicio público, y sobre ella los estratos bajos deben recibir el subsidio que la ley contempla, de allí que al momento de determinar si se están cumpliendo las normas legales, no se puede entender que este componente está incluido en la tarifa, ya que se debe reflejar como un descuento sobre el consumo, de manera que se exprese de cuánto fue éste, y cuánto debe pagar el usuario de estratos bajos".(...)

6. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto 1616 de 2005.

"(...) los contratos a que se refiere el inciso 1° del artículo 2° del Decreto 777 de 1992 son los que implican una conducta de parte del contratista directamente en beneficio de la entidad contratante (entidades administrativas territoriales), distintos de los que las entidades públicas pueden celebrar con personas privadas sin ánimo de lucro, sin que ello implique una prestación en favor de la Nación, el departamento, el distrito o municipio respectivo, sino que tienen por objeto beneficiar a la comunidad." (...)

En el mismo concepto expreso:

"(...) de la lectura del artículo 355 se desprende que el objeto de los contra-

tos es "impulsar programas y actividades de interés público acordes con el Plan Nacional de Desarrollo".

Esta norma muestra claramente que los contratos a que se refiere dicha disposición son aquellos por los cuales el estado entrega recursos a un ente sin ánimo de lucro para que el mismo pueda adelantar sus programas.

Los programas a que se refiere 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. (...) los contratos a los cuales se refiere el artículo 355 de la Constitución tienen por objeto la entrega de unos recursos o bienes del Estado a una entidad sin ánimo de lucro para apoyar un programa de esta última. Lo anterior indica que en un principio corresponde a la entidad sin ánimo de lucro dirigir el programa aunque existan algunos criterios en el contrato de apoyo. En esto se marca una radical diferencia con los contratos que tienen por objeto ejecutar un proyecto gubernamental de acuerdo con los parámetros fijados por el ente público y de conformidad con sus instrucciones. De esta manera, los contratos que tienen por objeto desarrollar una actividad estatal por intermedio de un particular no se sujetan a las reglas que establece el artículo 355". (...)

7. Consejo de Estado sentencia radicada 11001-03-24-000-2005-00012201.

Sobre la política pública de incentivos, se presenta demanda en la cual se pretende que sea declarada la nulidad del decreto que la formula y el Consejo de Estado, determina que no se accede a las pretensiones por cuanto: " *Contrario a lo que afirma la actora, la motivación de la norma demandada si permite establecer el objetivo*

y las razones que llevaron a la adopción de la misma en tanto se hace referencia al Documento CONPES 3332 de 2004 donde, la máxima autoridad nacional de planeación y se desempeña como organismo asesor del Gobierno en todos los aspectos relacionados con el desarrollo económico y social del país, recomienda la creación de un programa de incentivo a las operaciones de cobertura cambiaria (ICC) en aquellos sectores agropecuarios con mayor exposición al riesgo de revaluación del peso, apoyado en el artículo 2do numeral 7 y 8 de la Ley 7ª de 1991, el artículo 7o de la Ley 101 de 1993, y el artículo 32 de la Ley 812 Plan Nacional de Desarrollo, y teniendo en cuenta los compromisos adquiridos por Colombia ante la Organización Mundial de Comercio OMC”

Consideraciones jurídicas sobre el particular

El artículo 355 de la Constitución establece una prohibición constitucional expedida con propósitos claros: Generar impacto en materia de gasto público, mantener el control sobre el gasto para procurar que los mismos persigan el bienestar general, que los recursos públicos deban ser invertidos acorde con planes y programas de interés público amparados por una norma constitucional y no crear privilegios particulares e individuales. Se crea para poner fin a los auxilios parlamentarios que desvirtuaron el uso y destinación sagrada de los recursos del presupuesto público.

La prohibición de donaciones consagrada en el artículo 355 no es absoluta, admite “excepciones” o matices que se legitiman dentro del marco de un Estado Social de Derecho, tales como: Posibilidad de asignación de recursos a sectores especialmente protegidos por la Constitución Política en forma de subsidios o mediante la suscripción de contratos entre las entidades públicas y entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad en los términos, con los requisitos y limitaciones del decreto 777 de 1992 y del Decreto 1403 de 1992, conocidos

como contratos de apoyo, los recursos asignados a programas y proyectos de ciencia y tecnología y la posibilidad de hacer donaciones entre entidades públicas.

Hablar de subsidios y donaciones no puede ser entendido como la misma cosa, las dos figuras no son, ni pueden aplicarse como sinónimos, tienen diferencias que aunque parezcan insignificantes, no lo son y deben ser acatadas especialmente por los servidores públicos que tienen en sus manos y dentro de sus obligaciones, competencias y atribuciones la distribución e inversión del presupuesto público.

Algunas de las diferencias entre donaciones y subsidios se enuncian a continuación:

Las donaciones son entregas de recursos públicos sin contraprestación alguna, que conceden u otorgan privilegios sin justificación a personas individualmente consideradas, que buscan y consolidan el bienestar individual y no el general o colectivo, se amparan en contratos o convenios de simple transferencia de recursos públicos a través de falsos beneficios sociales, y en principio se logra con ellos el mantenimiento de algunos grupos políticos. Tienen expresa prohibición en el artículo 355 de la Carta Constitucional cuando se refiere a entregas a personas jurídicas o naturales del sector privado. Los entretanto, son una obligación social del estado, mediante la cual se materializa el postulado de “igualdad real y efectiva” propia del Estado Social de Derecho y en consecuencia debe pensarse en ellos, no como una excepción a la norma consagrada en el artículo 355, sino como el cumplimiento de una función social del estado en procura de hacer real el principio del Estado Social de Derecho.

La prohibición de las donaciones por parte de las entidades y servidores públicos de las diferentes ramas que integran el poder público en Colombia, no es una prohibición absoluta, aunque si expresa, tiene excepciones, entre las cuales se cuenta la consagrada en el Decreto

777 de 1992 y su decreto modificadorio 1403 de 1992. Los subsidios se encuentran autorizados y se desarrollan mediante leyes.

Los subsidios son permitidos y autorizados constitucionalmente y pueden y deben llegar a convertirse en una política pública y en un programa de gobierno, ejecutado mediante el desarrollo legal, y en ocasiones por medio de las Asambleas Departamentales y los Concejos Municipales en cumplimiento de las disposiciones constitucionales y legales que rijan la materia, a través de las políticas positivas o acciones afirmativas con las pretensiones de disminuir la brecha y las desigualdades sociales. Por ejemplo, los subsidios a la vivienda, al transporte, la educación y a los servicios públicos, entre otros muchos.

Mediante los subsidios, el Estado ha logrado que las personas que no tienen nada o tienen poco reciban algo más de manos del Estado; ayuda y atención, y en ese orden de ideas, quienes más tienen, o tienen en exceso, deben contribuir para que todos tengan o logren un poco más, de forma que la brecha se vaya acortando y todos vivamos dignamente. No puede sorprender en este contexto el aviso reciente del Presidente de la República de crear e implementar un plan de vivienda gratis para las personas de estratos uno y dos, y no puede entenderse como donación, es más que eso, es una política pública afirmativa, pero tampoco y de ninguna manera es simplemente un subsidio, es por ello que ahondaremos en el tema.

Para que los subsidios pueden crearse deben cumplir con unos condicionamientos: (...)

"(1). Imponer una carga al legislador de manera tal que al señalar la subvención o auxilio explique de manera concreta su finalidad, destinatarios, alcances y

condiciones de asignación y, adicionalmente, se garantice su publicidad, la igualdad material de los destinatarios y la imparcialidad en la asignación. y (2). Establecer un fuerte control de constitucionalidad frente a cada subvención que sea autorizada por la ley"³. (...)

Ahora bien, para terminar, se cita in extenso sentencia de la Corte Constitucional⁴ que no solo recoge los elementos, criterios y fundamentos de veinte años de pronunciamientos sobre las donaciones y los subsidios en Colombia, sino que en forma clara y determinante establece parámetros para entender cuando la aplicación de las donaciones y los subsidios se hace en forma constitucional y legal, y cuando se aparta de los requisitos y postulados del ordenamiento jurídico, tornándose la conducta de los servidores públicos en irregular y en consecuencia se deben endurecer los controles del estado en procura de preservar los recursos públicos. La Corte Constitucional ha determinado por vía jurisprudencial que:

"la prohibición consagrada en el inciso primero del artículo 355 de la Carta se activará cuando la donación, auxilio, subsidio o incentivo, cualquiera que sea su origen, se reconozca por mera liberalidad como una simple transferencia de recursos y, no con criterio redistributivo, de manera que se convierta en un privilegio aislado, empaquetado en medidas paliativas que no contribuyan al bienestar general y, que en cambio, si puedan ser usados como instrumentos de manipulación política. Es así como al endurecerse el control constitucional, la prohibición general de que trata la disposición en comento se materializará cuando se registre, al menos, uno de los siguientes eventos:

³ Corte Constitucional. Sentencia C-324 de 2009

⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-324 de 2009

(i.) Cuando se omita dar aplicación al principio presupuestal de legalidad del gasto. El principio de legalidad del gasto público implica que toda asignación de recursos públicos debe ser decretada por el Congreso e incluida en una ley, de manera tal que se encuentra vedado al Gobierno realizar gastos que no cumplan con este específico requerimiento.

Este principio en la Constitución de 1991 encuentra su fundamento en razón a que el gasto público corresponde a una operación en que se emplea el dinero perteneciente al Estado por parte de la Administración Pública, razón por la cual el Constituyente Primario determinó en los artículos 345 y 346 de la Constitución Política de 1991, relativos al presupuesto, que no se podrá hacer erogación con cargo al Tesoro que no se encuentre incluida en el presupuesto de gastos; y que no podrá hacerse ningún gasto público “[...] que no haya sido decretado por el Congreso, por las asambleas departamentales, o por los concejos distritales o municipales[...].”

(ii.) 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, destinatarios, alcances materiales y temporales, condiciones y criterios de asignación, publicidad e impugnación, así como los límites a la libertad económica.

Ello con el fin de asegurar los principios de justicia distributiva y, esencialmente, igualdad material (Art. 13 C.P.) de la asignación.

La obligación de respetar el principio de igualdad reduce de manera considerable la discrecionalidad del Estado a la hora de asignar recursos públicos. En este sentido, si parte de los recursos escasos que deben ser destinados para promover la igualdad real y efectiva y evitar las violaciones constantes de los derechos de millones de colombianos que deben vivir por debajo de la línea de pobreza, se destina a un sector determinado o a un sólo segmento de la población,

en natural detrimento de otro, las autoridades competentes deberán demostrar que la medida respeta el principio de igualdad y no está destinada a generar privilegios.

En consecuencia, en aplicación de la doctrina reiterada de esta Corte, cualquier autorización para asignar recursos escasos debe asegurarse de que el proceso se soporte en argumentos objetivos, razonables y proporcionados. (...)

Según la jurisprudencia trascrita, 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. Esas son, nada menos, las garantías de vivir en un Estado de derecho. (...)

(iii.) La asignación será inconstitucional cuando 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.

Sobre este punto, la Corporación reitera la necesidad de que las asignaciones de recursos o bienes públicos que realice el Gobierno Nacional se ajusten o encuentren en plena armonía con lo fijado, dispuesto y determinado en la Ley del Plan Nacional de Desarrollo, así como con lo contenido en la Ley de Inversiones correspondiente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 339 Superior.

Lo anterior, por cuanto en el Plan Nacional de Desarrollo se señalan los propósitos y objetivos nacionales de largo plazo, las metas y prioridades de la acción estatal a mediano plazo y las estrategias y orientaciones generales de la política económica, social y ambiental que serán adoptadas por el Gobierno. Así mismo, en la Ley

de Inversiones se determinan los presupuestos plurianuales de los principales programas y proyectos de inversión pública nacional y la especificación de los recursos financieros requeridos para su ejecución. Por tanto, cualquier asignación de recursos o bienes públicos que haga el Gobierno Nacional, de conformidad con una ley preexistente, deberá encontrarse en armonía tanto con lo fijado a largo y mediano plazo en el Plan Nacional de Desarrollo como consultar el presupuesto plurianual contenido en la Ley de Inversiones que determina la inversión pública nacional.

(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.

Vale reiterar que el subsidio, en tanto instrumento económico, tiene por finalidad generar una contraprestación para la sociedad en su conjunto, es decir, reportar un beneficio macroeconómico que debe ser claramente identificable. Así, solo en tanto el subsidio asegure equidad puede ser considerado constitucional y en tanto esté desprovisto de retorno a la sociedad debe tenerse por inconstitucional.

De esta manera cuando sea más lo que el Estado gaste a título de subsidio que el beneficio que retorna a la sociedad, el instrumento se torna inequitativo y regresivo. Se está frente a la dilapidación de los recursos públicos en actividades aisladas que no reportan dividendos en satisfacción de necesidades básicas insatisfechas o que no contribuyen a mejorar los ingresos del Estado para su posterior redistribución.

De igual manera cuando el subsidio solo impacta un grupo de interés dentro del conglomerado

social, el gasto se torna inequitativo en tanto se advierten necesidades más apremiantes frente a la administración del presupuesto público. Es así como, la misma Constitución Política otorga niveles de prioridad al gasto público, reconociendo prelación al denominado "gasto social", según lo prevé el artículo 350 de la C.P., en concordancia con el artículo 41 del Decreto 111 de 1996, es decir, se privilegia el gasto dirigido a la solución de necesidades básicas insatisfechas.

(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 los necesita o menos los merecen.

(vi.) Cuando el subsidio tenga vocación de permanencia convirtiéndose en una carga al presupuesto público, en la medida que el subsidio o auxilio está llamado a producir efectos inmediatos dentro de una determinada coyuntura económica, de manera que una vocación de permanencia indica que la situación o sector al cual se dirige requiere de otras y más profundas medidas estructurales.

(vii.) 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. Es decir, que de manera intrínseca "corresponde a una asignación de tal garantía, para perseguir intereses particulares que se contraponen a los principios de transparencia, economía, eficiencia, celeridad, imparcialidad y obviamente el de moralidad que debe acompañar las actuaciones de todo servidor público comprometido con sus funciones bajo el marco de la Constitución y la ley⁵".

La Constitución determina los fines de interés público que justifican y determinan la actividad

⁵ Cita en la sentencia C – 324 apartes de la C-1168 de 2001.

tanto legislativa como administrativa, de modo que si se apartan de los mismos en el desempeño de sus funciones se incurre en desviación de poder. De esta manera cuando la Carta asigna determinadas competencias, lo hace con la finalidad de que se procure la satisfacción de unos determinados propósitos orientados siempre por el interés público. Sin embargo, cuando se hace uso de tales atribuciones, ya no orientados por el interés público sino por intereses particulares, se está en el campo de la desviación de poder.

A manera de conclusión

Donaciones y subsidios no son sinónimos, tampoco los subsidios son excepciones a las donaciones, son sí, deberes sociales del estado en favor de terceros beneficiarios que requieren apoyo del estado y para ello se precisa la promulgación de una ley que los desarrolle.

Los subsidios son para satisfacer propósitos generales, deben estar amparados por el presupuesto y detallados en él, deben estar previamente determinados en la ley la misma que debe establecer 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.

Ni las donaciones, ni los subsidios pueden convertirse en una carga para el presupuesto del estado, debe medirse la relación costo - beneficio, estar contenidos en forma clara y precisa en los planes de desarrollo nacionales o locales, debe contribuir a fortalecer la capacidad de acceso de los más pobres a los bienes y servicios públicos esenciales, tienen que estar libres de desviación de poder al momento de asignarlos o decretarlos pues no pueden perseguir intereses particulares sino generales, así las cosas todos los planes, programas y proyectos que se desarrollen por parte de las entidades públicas de cualquier orden y naturaleza deben cumplir con todos estos

requisitos y condicionamientos en los términos establecidos en los pronunciamientos de constitucionalidad de la Corte Constitucional, para lograr que los mismos sean constitucionales y legales, pues de lo contrario, estarían inmersos en la prohibición del artículo 355, que aunque no es absoluta, si es limitativa y beneficia el interés general y protege el presupuesto de las entidades públicas para salvaguardarlo de los intereses partidistas e individuales.

Referencias

Colombia, Constitución Política de 1991

Colombia, Ley 3 de 1991

Colombia, Decreto 777 de 1992

Colombia, Decreto 1304 de 1992

Colombia, Ley 21 de 1992

Colombia, Ley 105 de 1993

Colombia, Ley 142 de 1993

Colombia, Ley 101 de 1993

Colombia, Decreto 4390 de 2004

Colombia, Ley 1341 de 2009

Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-372 de 1994

Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-506 de 1994

Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-506 de 1994

Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-205 de 1995



Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-251 de 1996	Colombia, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 2007, Rad. 2004-00788.
Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-152 de 1999	Colombia, Consejo de estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, en consulta número 504 del 22 de abril de 1993.
Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C – 1168 de 2001	Colombia, Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, en consulta No. 1.495 del 4 de julio de 2003.
Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-712 de 2002	Colombia, Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, en consulta No. 1.613 del 15 de diciembre de 2004.
Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-100 de 2005	Colombia, Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. En consulta N° 1616 de 2005.
Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-042 de 2006	Durán Acosta, Vanesa. Montenegro Ceballos, Alexandra Milena. "Partidas de inversión social regional". Trabajo de grado para optar el título de abogadas, Universidad Pontificia Javeriana. 2002.
Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-507 de 2008	Jaramillo Pérez, Iván, "La Constitución, los subsidios y el programa de Agro Ingreso Seguro" en www.razonpublica.org.co . (Consultado el 10 de abril de 2012)
Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-324 de 2009	
Colombia, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 2001, Radicado. 18.922	
Colombia, Consejo de Estado, Sentencia de 2005, radicada 11001-03-24-000-2005-00012201.	

