

Sentencia C-324-09

Referencia: expediente D-7442

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 1º (parcial) de la Ley 36 de 1981

Demandante: Alexander Duque Acevedo

Magistrado Ponente:

Dr. JUAN CARLOS HENAO PÉREZ

Bogotá, D. C., trece (13) de mayo de dos mil nueve (2009)

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en cumplimiento de sus atribuciones constitucionales y de los requisitos y trámites establecidos en el Decreto 2067 de 1991, profiere la siguiente

I. ANTECEDENTES.

1. El ciudadano Alexander Duque Acevedo, en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad presentó demanda contra la Ley 36 de 1981, al considerar que infringe los artículos 122, 209 y 335 de la Constitución Política.

1. La demanda fue inadmitida mediante auto de 2 de octubre de 2008, en razón a que no cumplió con el requisito establecido en el numeral 3 del artículo 2º del Decreto 2067 de 1991. En su escrito de corrección de la demanda el ciudadano Duque Acevedo subsanó, únicamente, el vicio advertido en relación con el artículo 355 Superior.

Por lo anterior, mediante auto de 23 de octubre de 2008, se dispuso admitir parcialmente la demanda en relación con el cargo presentado por violación del artículo 355 de la Constitución Política y rechazar los demás cargos efectuados.

En el mismo auto, se dispuso fijar en lista el proceso en la Secretaría General de la Corte por el término de diez (10) días para efectos de permitir la intervención ciudadana, correr traslado del expediente al Procurador General de la Nación, comunicar la iniciación de este trámite al Presidente del Congreso de la República, al Ministro del Interior y de Justicia y al Ministro de Defensa. Finalmente, se invitó a participar en este proceso a la Academia Colombiana de Jurisprudencia y a las facultades de derecho de las Universidades Santo Tomás, del Norte, del Atlántico y Popular del Cesar, con el fin de que emitiesen su opinión especializada sobre la disposición que es materia de acusación.

3. Conviene señalar que en la demanda rechazada el 2 de octubre de 2008, el actor circunscribía los cargos a las asignaciones efectuadas por el Ministerio de Defensa Nacional, en aplicación de la Ley 36 de 1981, al Club de Suboficiales de las

Fuerzas Militares, hoy Círculo de Suboficiales de las Fuerzas Militares. No obstante, mediante el escrito por el cual subsanó la demanda concretó el cargo de manera general sin particularizar entidad alguna. Por tal razón, la Corte se abstendrá de realizar cualquier juicio relativo a los aportes efectuados por el Ministerio de Defensa a dicha entidad, precisamente, porque no fue objeto de la demanda admitida y porque el estudio de constitucionalidad debe realizarse in genere.

II. NORMA DEMANDADA.

A continuación se transcribe la disposición normativa demandada, acorde con su publicación en el Diario Oficial No. 35760 del jueves 14 de mayo de 1981.

“LEY NÚMERO 36 DE 1981

(Marzo 23)

Por la cual se dictan normas para mejorar los planes de recreación y bienestar del personal de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional

ARTÍCULO PRIMERO. Dentro de los planes de recreación y bienestar, el Ministerio de Defensa podrá enviar personal en comisión, o asignar partidas presupuestales y elementos disponibles, a las entidades que sin ánimo de lucro tengan por objeto proporcionar a los miembros de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, en actividad y en retiro, medios de recreación deportiva, social y cultural y de fortalecimiento de los vínculos de compañerismo.

ARTÍCULO SEGUNDO. Esta Ley rige a partir de la fecha de su sanción.

Dada en Bogotá, a los veinticuatro días de febrero de mil novecientos ochenta y uno.”

III. DEMANDA.

1. El demandante en su escrito de corrección de la demanda concretó su reclamo en la expresión “o asignar partidas presupuestales y elementos disponibles” contenida en el artículo 1º de la Ley 36 de 1981, al encontrar que con tal enunciado se vulneraba el artículo 355 de la Constitución Política, según el cual ninguna de las ramas u órganos del Poder Público podrá decretar auxilios o donaciones a favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado. Igualmente, consideró el actor que el citado aparte infringe el artículo 355 superior, en cuanto consagra que 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 de Desarrollo y con los planes seccionales de desarrollo.

1. Menciona el actor que de conformidad con el diccionario jurídico Temis, la expresión

“asignar” se define como “Señalar lo que corresponde a alguien o algo, fijar, nombrar, designar”, mientras que la expresión “contratar” se define como “Acuerdo de voluntades destinado a producir un efecto cualquiera de derecho”.

Por consiguiente, el demandante estima que la expresión demandada del artículo 1º de la Ley 36 de 1981, vulnera el derecho a la participación ciudadana al asignar partidas presupuestales públicas a entidades privadas sin acudir a los procesos de contratación pública, con lo cual se atenta contra los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad que deben orientar la función administrativa.

3. De acuerdo con la demanda, la finalidad única de la contratación de que trata el artículo 355 de la Constitución, es la de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el plan nacional de desarrollo y los planes seccionales de desarrollo, y no con el interés particular, como las que prevé la Ley 36 de 1981.

4. Finalmente, el demandante señaló que la recreación se puede contratar con cajas de compensación, sin necesidad de asignar partidas a entidades sin ánimo de lucro, en las que funcionarios públicos del Ministerio de Defensa son quienes manejan los dineros asignados.

Por lo anterior, concluyó el actor que el aparte señalado en el artículo 1º de la Ley 36 de 1981, es inconstitucional, en la medida que faculta al Ministerio de Defensa para asignar partidas presupuestales sin necesidad de acudir a los mecanismos de contratación pública, lo cual se encuentra en contravía del artículo 355 de la Constitución Política.

IV. INTERVENCIONES.

1. Ministerio de Defensa Nacional.

El Ministerio de Defensa Nacional, mediante apoderada judicial, solicitó a esta Corte declarar exequible la disposición parcialmente demandada.

Pese a que la demanda fue subsanada y el cargo en estudio no particulariza entidad alguna, el Ministerio de Defensa hizo alusión a los argumentos presentados por el actor en la demanda materia de rechazo, frente a la cual manifestó que el actor pretende demostrar que el Ministerio de Defensa Nacional no se encuentra facultado para enviar personal en comisión a una de sus entidades, esto es, al Círculo de Suboficiales de las Fuerzas Militares, de manera que orientó su argumentación hacia ese único cargo y, olvidó demostrar en concreto, de qué manera la Ley 36 de 1981 podría violar los artículos 122, 209 y 355 de la Constitución Política.

Realizó el Ministerio un recuento histórico de las disposiciones legales acerca de la naturaleza jurídica del Círculo de Suboficiales. En ese orden, señaló que tal entidad surgió a la vida jurídica por decisión del Estado - Ley 124 de 1948-, con lo cual se demuestra un claro origen público, razón que justifica el envío del personal que hace el

Ministerio de Defensa Nacional. Se trata entonces, de una dependencia que figura en la estructura del Ministerio de Defensa Nacional “como Entidad del Grupo Social Empresarial del Sector Defensa, según el Artículo 25, numeral 4, del Decreto No. 3123 de 2007.”

Así mismo, agregó la representante del Ministerio que la norma demandada en ningún momento hace alusión a entidades de derecho privado. Para apoyar su argumentación, el Ministerio citó la sentencia del Consejo de Estado del 9 de septiembre de 2004, Sección Primera, en la cual se sostuvo que el reconocimiento de la personería jurídica al “Club de Suboficiales de las FF.MM.” no desnaturaliza su carácter de persona jurídica de derecho público.

En cuanto a los cargos imputados por el actor, consideró el Ministerio de Defensa que la Ley 36 de 1981, bajo ningún concepto resulta violatoria de la Constitución, sino por el contrario, se encuentra en armonía con el artículo 1º Superior que establece que Colombia es un Estado Social de Derecho, en el que todas las instituciones de origen público debían propender por promover los fines propios del Estado, tales como el fortalecimiento de los derechos fundamentales, entre ellos, el derecho a la recreación.

Por tal razón, la Ley 36 de 1981 se encuentra en armonía con este mandato, ya que su finalidad no era otra que buscar mecanismos y herramientas idóneas para brindar bienestar a los miembros de las Fuerzas Militares, otorgándole facultades al Ministerio de Defensa para enviar personal en comisión o asignar partidas presupuestales y elementos disponibles a entidades sin ánimo de lucro, que tuviesen por objeto brindar bienestar y recreación a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, en actividad o en retiro.

De otra parte, observó el Ministerio que de la demanda presentada no era posible inferir la inconstitucionalidad de la norma acusada, por cuanto en su criterio el demandante olvidó exponer las razones por las cuales la Constitución Política se estima quebrantada, lo cual debería conducir a un fallo inhibitorio.

Finalmente, afirmó la apoderada del Ministerio que la norma acusada, pese a haberse proferido diez años antes de la Constitución de 1991, se encuentra en consonancia con la actual Carta, por cuanto desarrolla los artículos 1º y 2º Superiores, relativos a los principios y fines esenciales del Estado Social de Derecho.

2. Intervenciones extemporáneas.

Las intervenciones del decano de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Popular del Cesar, del Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Atlántico, del Director del Consultorio Jurídico de la Universidad Santo Tomás, así como del escrito adicional del ciudadano Alexander Duque Acevedo, no serán tenidas en cuenta dentro de este proceso de constitucionalidad, por cuanto fueron presentadas de manera extemporánea, como se evidencia en informes de la Secretaría General de esta Corporación. (Folios 55, 64 y 81 Cuaderno Principal).

V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN.

El Procurador General de la Nación mediante concepto No. 4678 del 15 de diciembre de 2008, solicitó a la Corte declarar la exequibilidad de la Ley 36 de 1981, únicamente, en relación con el cargo por vulneración del artículo 355 de la Constitución Política.

A juicio del Ministerio Público el problema jurídico que le corresponde resolver a la Corte es si la Ley 36 de 1981, según la cual el Ministerio de Defensa puede enviar funcionarios en comisión, asignar partidas presupuestales y elementos disponibles con destino a entidades sin ánimo de lucro que desarrollen actividades de recreación deportiva, social y cultural para los miembros de las Fuerzas Militares en servicio activo o en retiro, es contraria a los fundamentos constitucionales de la función pública, la defensa del patrimonio público y la participación de las personas en las decisiones que las puedan afectar. Así mismo, si la disposición contiene una inconstitucionalidad sobreviniente frente a la prohibición de realizar auxilios o donaciones a las personas de derecho privado que prevé el artículo 355 de la Carta Política de 1991.

Sobre el particular el Procurador General de la Nación consideró lo siguiente:

1. En primer término, expresó el Ministerio Público que su pronunciamiento se concretaría al cargo planteado por el accionante por vulneración del artículo 355 de la Constitución Política.
2. Consideró la Vista Fiscal que la norma acusada no mencionó directamente a ninguna entidad pública o privada sin ánimo de lucro y, sin embargo, el actor en su demanda realizó una alusión específica a la aplicación de recursos fiscales mediante la asignación de partidas presupuestales del Ministerio de Defensa Nacional al Círculo de Suboficiales de las Fuerzas Militares. Por consiguiente, en criterio del Ministerio Público, el cargo formulado en la demanda no surge del contenido mismo de la norma acusada y, en ese sentido, lo procedente sería que la Corte Constitucional profiriera una sentencia inhibitoria.

No obstante, y pese a que las transferencias del Ministerio de Defensa al Círculo de Suboficiales de las Fuerzas Armadas no fue materia de la demanda de inconstitucionalidad, la Procuraduría entró a analizar de fondo el cargo planteado por el actor en la demanda inadmitida y no en la demanda subsanada, para lo cual efectuó un análisis de carácter histórico y legal del Club de Suboficiales, hoy en día, Círculo de Suboficiales de las Fuerzas Militares, su creación, objeto y función, para concluir que dicha entidad en la actualidad opera como una sección del Club Militar bajo la condición de dependencia del Ministerio de Defensa Nacional.

En este orden de ideas, entendió la Procuraduría que del texto de la norma acusada no se desprende la intención del legislador de beneficiar a través de auxilios o donaciones a instituciones de carácter privado, como tampoco se prevé un favorecimiento al Círculo de Suboficiales de las Fuerzas Militares por medio de la asignación de partidas que puedan considerarse auxilios o donaciones porque en el evento en que la facultad consagrada en el artículo 1° de la Ley 36 de 1981 se concrete, ello debe interpretarse como una acción encaminada al sostenimiento de una entidad adscrita al Ministerio de Defensa Nacional que desarrolla actividades razonablemente armónicas con los mandatos constitucionales.

Expuso la Vista Fiscal que de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la prohibición constitucional de decretar auxilios o donaciones a favor de personas jurídicas de derecho privado contenida en el artículo 355 de la Carta no tiene un carácter absoluto (Sentencia C-922 de 2000), por lo cual se hacía preciso mirar el interés general y la armonización de tales decisiones en consonancia con los fines del Estado.

Por consiguiente, la Vista Fiscal solicitó a esta Corte declarar exequible la Ley 36 de 1981, en cuanto al cargo analizado.

VI. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS.

1. Competencia.

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 241 numeral 4º de la Constitución Política, esta Corte es competente para conocer y decidir sobre la demanda de inconstitucionalidad de la referencia puesto que las disposiciones demandadas forman parte de una Ley.

2. Problema jurídico.

En razón a lo expuesto el problema jurídico a resolver es si la facultad que se otorgó al Ministerio de Defensa de “[...] asignar partidas presupuestales y elementos disponibles a las entidades que sin ánimo de lucro tengan por objeto proporcionar a los miembros de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, en actividad y en retiro, medios de recreación deportiva, social y cultural y de fortalecimiento de los vínculos de compañerismo”, contenida en el artículo 1º de la Ley 36 de 1981, anterior a la Constitución de 1991, vulnera el artículo 355 de la actual Constitución Política, en la medida que este precepto superior prohíbe a las ramas u órganos del poder público decretar auxilios o donaciones a favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado.

Para resolver el problema planteado, esta Corte desarrollará: (i) Como cuestión preliminar el parámetro de control de constitucionalidad cuando se trata de normas legales anteriores a la Constitución de 1991; (ii) Origen de la prohibición consagrada en el artículo 355 Superior y alcances generales de la norma. (iii) Desarrollo jurisprudencial a propósito del artículo 355 superior. (iv) Subvenciones como instrumentos económicos autorizados por la Constitución Política frente a las donaciones y auxilios de que trata el artículo 355 constitucional. (v) Estudio en concreto de la constitucionalidad de la disposición demandada.

2.1 Cuestión Preliminar. El parámetro de constitucionalidad cuando se trata de normas legales anteriores a la Constitución de 1991. Reiteración de jurisprudencia.

2.1.1 La norma demandada en esta oportunidad corresponde a una ley de la república expedida en el año 1981, esto es, anterior a la Constitución de 1991. Esta consideración impone a la Sala un breve análisis acerca de los parámetros fijados por la Corporación frente al estudio abstracto de constitucionalidad de normas sujetas a control, cuando éstas ostentan la naturaleza de normas anteriores a la Constitución Política que

rige a partir de 1991.

Sobre el particular, la Corte ha diferenciado entre el control de forma o procedimental y el control de fondo o sustancial para determinar el parámetro de control que debe aplicarse en este caso.

Así, la Corte Constitucional en copiosa jurisprudencia¹ ha explicado que los aspectos atinentes a la forma de las disposiciones anteriores a la actual Constitución, a diferencia de su contenido material, se rigen por las disposiciones de la Carta Política vigente al momento de su expedición, es decir, se rigen por la Constitución de 1886. Por el contrario, esta Corporación ha establecido claramente, que los aspectos relativos al contenido material de las normas anteriores a la actual Carta, se deben controlar en referencia con lo dispuesto en la Constitución de 1991. Al respecto, ha manifestado la Corte: “[...] los aspectos de forma de una norma expedida con anterioridad a la actual Constitución se rigen, contrariamente al contenido material², por las disposiciones superiores vigentes en el momento de su creación³”⁴.

Cuando el estudio de constitucionalidad recae sobre la materia de las normas, se torna indispensable confrontar la preceptiva demandada con los contenidos de la nueva Constitución, debiéndose verificar si a luz del Estatuto Superior vigente en el momento de adelantar el análisis de constitucionalidad las disposiciones impugnadas tienen vocación de subsistir.

2.1.2 De la misma forma ha establecido esta Corporación que la revisión formal de normas expedidas en forma previa a la actual Carta, teniendo como referente la anterior normatividad constitucional, “no implica que la Corte haya otorgado efectos ultra-activos a la Constitución de 1886, puesto que ello contrariaría el efecto inmediato que surtió la Carta de 1991 a partir del momento de su expedición; simplemente se deriva de un reconocimiento del principio *tempus regit actum*, que en estos casos obliga a estudiar la validez del proceso de formación de una norma preconstitucional actualmente vigente, de conformidad con las pautas formales y procedimentales que regían al momento de su expedición”⁵.

2.1.3 También se ha establecido que para que el estudio abstracto de constitucionalidad de normas legales anteriores a la actual Carta proceda en cuanto al contenido de las mismas, es necesario que tales preceptos se encuentren vigentes al momento de la demanda, o que de estar derogadas, se encuentren produciendo efectos jurídicos. En este sentido ha afirmado la Corte: “Ahora bien, como tales normas constitucionales, para poder ser objeto de control de constitucionalidad, han de estar actualmente vigentes o produciendo efectos, en relación con su contenido la Constitución de 1991 es el parámetro de control⁶.”

2.1.4 Teniendo en cuenta las reglas jurisprudenciales establecidas por esta Corporación, es claro para esta Sala que en el caso sub examine, al tratarse de una norma anterior a la Constitución de 1991, por encontrarse contenida en una ley expedida en 1981, vigente a la fecha, cuya constitucionalidad es objetada con fundamento en cargos materiales o de fondo, procede plenamente su estudio teniendo como parámetro normativo la Constitución de 1991.

2.2 Origen de la prohibición consagrada en el artículo 355 Superior y sus alcances generales.

La Constitución de 1886, a partir del Acto Legislativo número 1 de 1945, incluyó dentro del ámbito de competencias del Congreso de la República en el artículo 76 la facultad de “[...] fomentar empresas útiles y benéficas dignas de estímulo y apoyo.”, atribución que fue extendida por el Congreso a las Asambleas Departamentales y a los Concejos Municipales con fundamento en el numeral 3 del citado artículo 76 y en el artículo 187 constitucional.

Ello por cuanto la reforma de 1968 produjo profundos cambios en materia de Hacienda Pública a la Constitución de 1886, en la medida que introdujo y materializó conceptos tan importantes como el de planeación del gasto público y, el principio según el cual no era posible decretar ningún gasto sin respaldo en un recurso para satisfacerlo, en punto a aplicar los recursos públicos con óptima utilidad social y económica, para cuyo efecto se hizo necesario revisar las competencias que hasta el momento detentaban tanto el ejecutivo como el legislativo, revisión a la que se censura el haber mantenido el esquema de los auxilios.

En esos términos, la primacía del ejecutivo quedó expresamente señalada en el artículo 79 de la Constitución de 1886, a partir del cual las leyes en materia económica, es decir, aquellas que entre otras cosas, decretaran inversiones públicas o privadas, ordenaran participaciones en las rentas o transferencias de las mismas, decretaran exenciones o contribuciones o se refirieran a normas orgánicas del presupuesto nacional, sólo podrían ser dictadas o reformadas por el Gobierno.

Pues bien, esta actividad de fomento avalada por el artículo 76-20 de la anterior Constitución fue reglamentada, entre otras, por las Leyes 25 de 1977, 30 de 1978 y 61 de 1989. Así, el artículo 1º de la Ley 25 de 1977 precisó qué entidades útiles y benéficas serían destinatarias del fomento autorizado por el artículo 76 de la Constitución de 1886: “[...] Artículo 1º.-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 [...]” (subrayado fuera de texto).

Así, el artículo segundo de la Ley 25 de 1977, repetido en las disposiciones posteriores, 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.

Al mismo tiempo, tales disposiciones distinguieron como sectores y obras o empresas útiles y benéficas, aquellas enmarcadas dentro del sector salud, educación, ciencia y cultura, obras públicas, vivienda y urbanismo, desarrollo hidroeléctrico y

telecomunicaciones, ecológico, agropecuario, monumentos nacionales y patrimonio histórico, desarrollo de la comunidad y de la asociación, así como obras varias de las Juntas de Acción Comunal, espectro generoso que denotaba que cualquier sector y/o cualquier obra podría llegar a ser materia de inversión en desarrollo de las actividades de fomento autorizadas por el artículo 76 constitucional, con lo cual las llamadas actividades de fomento se constituían en verdaderas subvenciones que debían atender el amplio principio del interés general.

Por su parte, la Ley 30 de 1978, encargó a los congresistas identificar dentro de la circunscripción electoral por la que eran elegidos, las entidades y los proyectos merecedores de la ayuda financiera de la Nación, conforme a los objetivos señalados en la misma ley, determinando que el reparto de las apropiaciones respectivas se haría a través de las comisiones Cuartas Constitucionales Permanentes y serían incorporadas en el Decreto de Liquidación del Presupuesto Nacional, desarrollando la apropiación global respectiva de la ley anual de presupuesto.

Podría afirmarse, entonces, que la atribución parlamentaria de asignar recursos a empresas útiles y benéficas se circunscribía al fomento de entidades sin ánimo de lucro y, respondía, en principio, a la necesidad de atender pequeñas necesidades regionales que aparentemente pasaban inadvertidas al nivel nacional, pero que en todo caso, debían ajustarse a los planes y programas sectoriales bien nacionales o seccionales, lo que en últimas correspondía a una modalidad en que se repartía a pedazos un porcentaje importante del presupuesto, sin que la asignación tuviese una coherencia dirigida a priorizar el gasto público, por demás escaso.

Pues bien, este esquema terminó por degradarse, tal como se analizó a profundidad por la sentencia C-372 de 1994, en la medida en que su aplicación efectiva produjo desequilibrios regionales en razón a las diferencias en los porcentajes asignados “[...] sin contar las ocasiones en que el poder ejecutivo se reservaba una parte que luego repartía entre algunos congresistas, particularmente entre los integrantes de las comisiones de presupuesto de una y otra cámara. Asimismo, las partidas decretadas con base en el ordinal 20 del artículo 76 superior, aumentaron considerablemente en número y cuantía a punto tal que llegaron a comprometer ingentes cantidades que, por esa vía, se deslizaban hacia el patrimonio personal del congresista o hacia la financiación de campañas electorales. De ahí que la magnitud de las sumas no correspondiera a la eficiencia esperada del gasto público, puesto que en contraste radical con el acrecentamiento de esta fuente de despilfarro se tornó patente la ausencia de adecuados y efectivos mecanismos de control sobre la destinación e inversión de esos recursos.”⁷

El rechazo a esta figura se hizo explícito en el proceso de reforma que dio lugar a su proscripción en la Carta Política de 1991, cuyos argumentos se revelan en la exposición de motivos del “Proyecto de Acto Constituyente de Vigencia Inmediata”, los cuales bien vale la pena reiterar⁸:

“Inicialmente todos los auxilios se destinaban para ejecución directa por los municipios, juntas de acción comunal o agencias gubernamentales. A la vuelta de pocos años, sin embargo, alguien se inventó la figura de las fundaciones o corporaciones

privadas como destinatarias de los recursos y se las ingenió para, a través de ellas, manejar autónomamente fondos públicos, prácticamente sin control fiscal; lo que permitió inclusive atender con ellos gastos o inversiones personales del congresista que decretaba el auxilio o el pago de activistas electorales y el directo soborno a jefes municipales o comunales.

“Ensayado el sistema con éxito por unos pocos, rápidamente cundió, al punto que de las partidas decretadas para la vigencia fiscal de 1991, según el presupuesto aprobado por el Congreso en el segundo semestre de 1990, algo más del NOVENTA POR CIENTO (90%), se destina a personas jurídicas privadas, con fines tan generales que equivalen a cualquier cosa y sólo el nueve y medio por ciento (9.5%) se lleva a ejecución directa por los municipios, agencias del gobierno y juntas de acción comunal.

“Lo anterior, pese a que el artículo 76, numeral 20 de la constitución obliga a sujetar estrictamente tales recursos a los planes y programas de fomento regional. La desviación sucede porque, como dice el señor Contralor General, la norma que reglamenta dicho artículo, dictada por el mismo congreso, la ley 25 de 1977, ‘es lo suficientemente amplia y en la práctica autoriza cualquier tipo de gasto con ellos’.

“La evolución de las cuantías destinadas a auxilios parlamentarios ha tomado características alarmantes en el tiempo reciente. Mientras entre 1980 y 1990 crecieron en un promedio de 21.9% anual, hasta llegar a DOCE MIL MILLONES de pesos en el último de tales años, para 1991 la partida decretada por el Congreso y distribuida entre los diversos ministerios, supera los VEINTISIETE MIL MILLONES. Es decir, para el año en curso el total decretado dio el impresionante salto de doce mil a veintisiete mil millones, superando en más de seis veces el promedio anual de los últimos once años. ¿Sería el último estertor de un sistema que todos sabíamos condenado a su fin en la Asamblea Constituyente?

“Esta cuantía significa un promedio de 86 millones por parlamentario, de su libre disposición, sin control de ninguna especie, porque como lo confiesa el mismo Contralor General, ‘hasta el presente la tarea fiscalizadora ha sido, francamente, escasa, en parte debido al crecido control de los dineros públicos que manejan las sociedades de utilidad común es escaso, el de los que llegan a las personas naturales es inexistente’. (Informe Financiero del Contralor, Enero de 1991).

“En otras palabras, estamos ante el hecho cierto de veintisiete mil millones de recursos nacionales sin control alguno.

“Claro que el promedio antedicho, de 86 millones por congresista, en la práctica presenta enormes distancias entre unos y otros. En un examen preliminar de los auxilios decretados para 1991, se encuentra que algunos parlamentarios encauzan hacia sus fundaciones cerca de cuatrocientos millones de pesos, mientras otros solamente disponen de treinta o cuarenta millones. Esa diferencia obedece a múltiples razones, la mayoría de ellas muy poco santas.

“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 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 (Negrillas fuera de texto original).

Tales precisiones justificaron en su momento la prohibición contenida en el artículo 355 de la Constitución de 1991, cuyo alcance se explicó por la doctrina de la siguiente forma:

“A través de esta disposición se pretende eliminar por vía activa, vale decir como prohibición expresa, la práctica de los llamados “auxilios parlamentarios” surgidos al amparo de las normas de la Carta derogada que atribuía al Congreso la facultad de “fomentar empresas útiles o benéficas dignas de estímulo o apoyo” (artículo 76-20) y le otorgaba autonomía presupuestaria a las cámaras (artículo 208, parágrafo), normas que no tienen equivalente en el nuevo Estatuto Constitucional, salvo en el artículo 305-6, que deberá ser analizado cuidadosamente por el Gobierno nacional, para que en el reglamento respectivo se coordine con este artículo. En realidad lo que sucede ahora es que se desplaza al ejecutivo tal función de fomento a través de un mecanismo contractual cuyo fin, es en esencia, el mismo. El propósito es permitir que ciertos sujetos de derecho privado que desarrollan actividades beneméritas en el campo científico, cultural, educativo o de solidaridad social y humana, puedan recibir apoyo estatal, pero sometidos a mecanismos de verificación del destino dado a los recursos y a las modalidades de su ejecución, inherentes a la contratación pública, evitando así que desvirtúe su función hasta convertirse en una herramienta de proselitismo político, de beneficio individual o de despilfarro de dineros públicos como aconteció en años anteriores. Llama la atención la facultad reglamentaria que la propia Constitución atribuye aquí al Gobierno nacional, precisamente con el ánimo de preservar esta figura de desviaciones. Por esta vía se mantiene aunque en un ámbito mucho más específico y reducido, la figura de los “reglamentos constitucionales autónomos” que tantos debates suscitó en el pasado.

De conformidad con las normas de la Constitución, los dineros objeto de contratos deben haber sido incluidos en el presupuesto respectivo, y guardar relación con los planes de desarrollo del orden nacional o seccional, según sea el caso. Este requisito va a dificultar notablemente la aplicación inicial de la norma aquí comentada.

De otra parte, esta norma parece hacer ineficaz la previsión del artículo 136-4, pues no es posible que exista una ley que decrete auxilios o donaciones.”⁹ (Subrayado fuera de texto)

En el mismo sentido, se expresó la doctrina a propósito de la Asamblea Constituyente¹⁰:

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

En esos términos, la prohibición prevista en el artículo 355 constitucional permite esbozar unas primeras conclusiones de carácter general:

1. La facultad de fomento en la Constitución de 1886, estaba atribuida al Congreso y, sólo en favor de entidades útiles y benéficas, esto es, entidades sin ánimo de lucro.

1. No obstante, la prohibición de decretar auxilios o donaciones se extendió, por virtud del artículo 355 de la Constitución de 1991, a todas las ramas u órganos del poder público, es decir, no se circunscribió a proscribir la facultad otorgada al Congreso por la Constitución de 1886, sino que amplió el radio de la restricción a los poderes ejecutivo y judicial.

Este aspecto resulta interesante, si se tiene en cuenta, como lo anota la doctrina, que en la práctica hubiese bastado con la restricción contenida en el artículo 136-4 de la Carta de 1991, según el cual, se prohíbe al Congreso “Decretar a favor de personas o entidades, donaciones, gratificaciones, auxilios, indemnizaciones, pensiones u otras erogaciones que no estén destinadas a satisfacer créditos o derechos reconocidos con arreglo a leyes preexistentes.

1. La restricción de fomento no se circunscribió únicamente a las “empresas útiles y benéficas” a que hacía alusión el artículo 76-20 de la Constitución de 1886, esto es, a las personas jurídicas que por definición legal corresponden a “entidades sin ánimo de lucro” reguladas por el artículo 663 del Código Civil con fines altruistas o de beneficio comunitario, sino que la amplió, en general, a todas “las personas naturales o jurídicas de derecho privado”.

1. A través del inciso segundo del artículo 355 de la Constitución de 1991, se trasladó la facultad altruista que autorizaba la Constitución de 1886 a favor de las entidades sin ánimo de lucro del Congreso al Gobierno Nacional, en todo sus niveles, sujetándola a la previa celebración de un contrato y, siempre que: (i) La entidad sin ánimo de lucro sea de reconocida idoneidad. (ii) Se busque impulsar programas o actividades de interés público. (iii) Estos programas o actividades se encuentren acordes con el plan nacional y los planes seccionales de desarrollo. (iv) La contratación se realice en los términos previstos en el reglamento expedido por el Gobierno Nacional con tal propósito.

Al respecto, conviene señalar que el inciso segundo del mencionado artículo constitucional no distingue entre entidades sin ánimo de lucro de carácter privado u oficial, de manera que ha de entenderse que el deber de suscribir un contrato se predica de las entidades sin ánimo de lucro, en general, sin atender al origen de sus recursos.

A más de las anteriores conclusiones parciales, se advierte como, el inciso primero del artículo 355 superior puede encontrar contradicciones con la facultad del Estado de crear y aplicar instrumentos económicos de fomento a favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado o con los deberes propios de un Estado social de derecho. De la misma manera se puede anticipar, que el inciso segundo del mismo artículo restringe de manera absoluta cualquier apoyo de carácter benéfico o altruista que pueda otorgar el Estado a entidades sin ánimo de lucro sin que medie la celebración de un contrato.

Planteadas estas observaciones iniciales conviene revisar el tratamiento que a este artículo ha otorgado la Corporación a través de su jurisprudencia.

2.3 Desarrollo jurisprudencial a propósito del artículo 355 superior.

En su jurisprudencia, esta Corte se ha pronunciado en numerosas oportunidades acerca del contenido y alcance del artículo 355 de la Carta Política y, al efecto, ha concluido por diferentes vías, que la prohibición allí prevista no resulta absoluta, pues admite “excepciones” que se legitiman dentro del marco de un Estado Social de Derecho, tales como la asignación de recursos a sectores especialmente protegidos por la Constitución Política.

La evolución jurisprudencial inicia a partir del estudio de los antecedentes que llevaron a la prohibición contenida en el artículo 355 por la Asamblea Nacional Constituyente, asunto que una vez analizado en la sentencia C-372 de 1994, permitió concluir que ante todo la finalidad de dicha prohibición fue la de erradicar la práctica de los denominados

“auxilios parlamentarios” por pervertir las instituciones democráticas y alimentar ilegítimas destinaciones de los fondos del erario. En dicha providencia se enlistaron, por vía negativa, las prácticas que podían encuadrarse en la restricción contenida en el artículo 355 superior:

“En cuanto a los motivos - conviene reiterarlo -, se encuentran, en 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”.
(Subrayado fuera de texto)

Es así como, la jurisprudencia empieza a vislumbrar situaciones en las que reconoce la posibilidad de que el Gobierno Nacional asigne recursos públicos sin contraprestación alguna a favor de particulares, siempre que tales asignaciones fuesen decretadas (1) Con fundamento en la Constitución y, (2) a través de los contratos que se debían celebrar exclusivamente con dichos fines¹¹.

Sin embargo, pronto la jurisprudencia encontró en las disposiciones de la misma Carta argumentos suficientes para autorizar la posibilidad de asignar tales erogaciones, no sólo mediante la celebración de los contratos a que hacía referencia el inciso segundo del citado artículo 355 superior, sino en aquellos eventos en que el auxilio o incentivo concedido por la ley no solo (1) tuviese como fundamento una norma o principio constitucional, sino que (2). resultare imperioso para realizar una finalidad esencial del Estado¹².

A los requisitos trazados hasta entonces, se sumó un nuevo elemento, según el cual la transferencia gratuita de bienes estatales a particulares era posible, siempre y cuando, no se tratase de un acto de mera liberalidad del Estado sino del cumplimiento de deberes constitucionales expresos que aseguraran la igualdad material. En ese sentido concluyó la Corte que ciertos aportes no estaban prohibidos, en la medida que no se estaba frente a actos de mera liberalidad, sino de justicia distributiva.¹³

De allí que la jurisprudencia terminó por admitir que muchas de las erogaciones a título gratuito por parte del Estado a favor de particulares, sin contraprestación alguna, surgían

de todos aquéllos supuestos que la misma Constitución autorizaba, como desarrollo de los deberes y finalidades sociales del Estado con el fin de conseguir el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población del país, al tenerlos como criterios que responden a la concepción del Estado Social de Derecho. De tal manera explicó los profusos eventos en que la Carta autorizaba este tipo de subvenciones: La probidad y posibilidad de los subsidios en materia de servicios públicos domiciliarios (art. 368 C.P.); el fomento de la investigación y transferencia de la tecnología (art. 71 C.P.); el fomento a la construcción de obras de infraestructura física y adecuación de tierras (art. 65 C.P.); la adquisición de predios para los trabajadores agrarios (art. 64 C.P.); la ejecución de proyectos de vivienda social y servicios públicos de salud y educación (Art. 49, 51 y 67).¹⁴

Sin embargo, solo hasta la sentencia C-152 de 1991¹⁵ la Corte reconoció expresamente que la Carta autorizó al Estado para conceder subvenciones, estímulos económicos o subsidios a particulares, tratándose de actividades que aquella considerara dignas y merecedoras de apoyo y, lo más importante, precisó que su desarrollo era materia reservada a la libre configuración normativa del Legislador, en tanto la Carta aparte de permitir la concesión de incentivos o estímulos omitió determinar la forma en que estos podrían decretarse.

Frente a este reconocimiento la Corte señaló como imperativo el ejercicio de la potestad reglamentaria del Gobierno en punto a señalar el procedimiento que debía ser observado a fin de entregar los incentivos económicos dispuestos por la ley, de modo que los mismos fuesen asignados a las personas que tuviesen mayores méritos y necesidades. Actuaciones, por lo demás, que debían someterse a las reglas de publicidad, imparcialidad e igualdad y, por tanto, ser susceptibles de impugnación, cuando se desviasen los derroteros trazados por la Constitución, la ley y el reglamento.¹⁶

Dentro de este proceso jurisprudencial la sentencia C-1168 de 2001, por la cual se analizaron los artículos 2 y 3 de la Ley 628 de 2000, a propósito de los proyectos de inversión para el apoyo regional que forman parte del Banco Nacional de Programas y Proyectos y, por la cual se crearon los denominados “ cupos indicativos”, este análisis permitió a la Corte concluir que la prohibición de los auxilios no sólo existe cuando los recursos públicos son desviados a personas privadas, sin contraprestación alguna, sino también cuando el Gobierno o el Congreso incurrieran en desviación de poder al aprobar determinadas partidas presupuestales, aunque estuviesen asignadas a entidades oficiales. Esto significó que a la interdicción establecida por el artículo 355 de la Carta se le asignó un doble alcance: de un lado, prohibir la transferencia gratuita, sin razones constitucionales que la justifiquen, de recursos públicos a los particulares; del otro, impedir que los dineros del presupuesto fuesen utilizados con fines desviados, aún por entidades oficiales, de manera que se limite la independencia del Congreso o se favorezca a determinados grupos políticos, lo cual afecta la transparencia e imparcialidad del proceso político.

Adicionalmente, la citada sentencia C-1168 de 2001, a propósito de la prohibición de los auxilios, encontró esencial que erogaciones sin contrapartida a particulares cumpliera de

manera estricta con los principios de planeación y legalidad del gasto.¹⁷

Es así como en la sentencia C-712 de 2002 se acopiaron los criterios expuestos a efectos de concluir:

“ (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 o incentivos, en razón del cumplimiento de deberes o principios de origen constitucional que describen actividades públicas irrenunciables.” (subrayado fuera de texto)

Adicionalmente, en la referida providencia la Corte reconoció de manera expresa que las exclusiones que hasta entonces la Corte había encontrado en relación con la prohibición contenida en el artículo 355, planteadas como excepción, en realidad descubrían la faz más característica del Estado social de derecho. En efecto, se suponía asumir como función propia la puesta en marcha de un sistema prestacional enderezado a asegurar el mínimo vital, al cual resultaba connatural la intervención en la vida económica y social (C.P. art. 334), de donde encontró necesario distinguir el campo de la prohibición de otorgar auxilios y donaciones, propia de la esfera presupuestal, del concierto de acciones propias del Estado social de derecho imputables al cumplimiento de deberes y principios constitucionales que necesariamente implican gasto público, o articularse en bienes o servicios, a veces entregados gratuitamente, sin que por ello se ingrese en el campo de la anotada prohibición.

Esta distinción también se avizoró a propósito de la sentencia C-042-06, por virtud de la cual se analizó la constitucionalidad de los artículos 10 y 11 de la ley 681 de 2001, mediante los cuales se creó un estímulo económico dirigido a fomentar la industria del transporte aéreo, permitiendo que ECOPETROL, decidiese sí concedía o no un determinado descuento en la venta del combustible tipo JET A1; tales disposiciones se encontraron exequibles luego de concluir que subvenciones de esta naturaleza no se inscribían en la órbita de los auxilios o donaciones proscritos por el constituyente, sino que correspondían 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.¹⁸

Finalmente, se destaca dentro de este recorrido jurisprudencial relativo a los alcances del artículo 355 superior, la sentencia C-507 de 2008, mediante la cual se estudió la constitucionalidad del artículo 10 del Plan Nacional de Desarrollo -Ley 1151 de 2007-, por el cual se estableció la creación indeterminada de apoyos económicos, en relación con los cuales se otorgaba al Gobierno Nacional la facultad de establecer el sector beneficiario, el valor del apoyo o incentivo económico, así como los requisitos y condiciones necesarios en cada caso. Si bien el artículo fue declarado inexecutable en razón a su generalidad y a la indeterminación de la ley, merece especial atención el que en tal providencia se señaló como requisitos generales para autorizar cualquier excepción al artículo 355 superior, los siguientes: 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.¹⁹

Recapitulando, la evidencia jurisprudencial indica que la aplicación del artículo 355 constitucional no ha estado desprovista de complicaciones prácticas, pues aunque la tendencia sea la de evitar la disposición de recursos públicos sin contraprestación a favor de particulares, la mayor de las veces ha terminado la Corte, con argumentos suficientes y razonados, por dar vía libre a este tipo de asignaciones a título de excepción, cuando estas se dirigen a asegurar los postulados del estado social de derecho o se encuentren expresamente autorizadas por la Carta.

Desde ese punto de vista es indudable que el artículo 355 busca tener un impacto en materia de gasto público, limitando aquellas erogaciones que por su naturaleza, antes de perseguir el bienestar general, crean privilegios ineficaces y aislados, al punto que es justamente por dicha razón que tal prescripción se encuentra incluida en el capítulo sobre presupuesto.

No obstante, la reciente jurisprudencia revela que no es ajeno a nuestro régimen económico y de hacienda pública, la facultad del Estado de intervenir en la economía -artículo 334 superior-, facultad a través de la cual se articulan diferentes mecanismos y modelos que autorizan, ante el escaso y recortado presupuesto, medidas de fomento dirigidas a igualar las oportunidades de acceso a servicios básicos, así como la distribución de los recursos de la manera más eficiente posible.

Así las cosas, conviene señalar qué se entiende por subsidio, auxilio o subvención, así como sistematizar los requisitos señalados por la jurisprudencia para entender cuándo estos instrumentos se encuentran autorizados por la Constitución, así como en qué casos se está frente a la prohibición contemplada por el artículo 355 constitucional.

1. Subvenciones como instrumentos autorizados en general por la Constitución Política en su artículo 334 o de manera directa por otros artículos de la Carta Política frente a la prohibición de donaciones y auxilios de que trata el artículo 355 constitucional.

Los conceptos de donación, auxilio, subsidio o subvención, encuentran desde el punto de vista semántico, idéntico significado, así: subvenir²⁰ significa venir en auxilio; subsidio²¹, ayuda o auxilio extraordinario de carácter económico; auxilio²², ayuda o amparo; y donación²³, acto de liberalidad de una persona que transmite gratuitamente una cosa que le pertenece a favor de otra. Desde esa óptica, podría suponerse entonces que las subvenciones -subsidios y aportes- comparten las mismas características que las donaciones o auxilios a que hace alusión el artículo 355 constitucional, en tanto se trata de partidas de origen público, que se asignan sin contrapartida del beneficiario directo y, que pueden ser dirigidas a personas naturales o jurídicas.

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

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.

Al respecto, se pronunció esta Corte recientemente en la sentencia C-290 de 2009, en la cual se analizó la constitucionalidad de establecer un subsidio de carácter permanente destinado a los veteranos de las guerras de Corea y del Perú que devenguen pensiones de jubilación inferiores a cinco salarios mínimos legales mensuales vigentes, frente al cual se concluyó que esta clase de subsidios resultaban contrarios a la Constitución, pues tal prestación sería posible, siempre y cuando, respondiese a consideraciones distintas a la mera liberalidad, por ejemplo, al que los veteranos de guerra se encontraran en una situación de extrema pobreza.

De esta forma, 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.

i. 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.

i. 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.

Las consideraciones precedentes permiten anticipar que las situaciones que hasta ahora la jurisprudencia ha reconocido como “excepciones” a la prohibición contenida en el inciso 1º del artículo 355 constitucional, en realidad no admiten tal calificativo, pues se trata de figuras constitucionales autónomas, cuyo desarrollo per se impone un retorno para la sociedad en su conjunto o un beneficio social, es decir, una contraprestación que es expresa o tácitamente exigida por la Carta Política y que se concreta en mejorar la calidad de vida de los habitantes, en especial de los de menores ingresos, al punto que de estar desprovista la subvención de tal característica, se estaría incurrido de manera automática en la prohibición de que trata el artículo 355 de la Constitución Política, pues no se estaría afectando el presupuesto para atender los fines sociales del Estado.

Conviene entonces revisar cada una de las modalidades expuestas:

1. Albergar una finalidad estrictamente altruista y benéfica dirigida a alentar una actividad de interés público, a través de entidades sin ánimo de lucro, caso en el cual, el beneficio se encuentra enfocado en un grupo de interés.

Es precisamente a esta circunstancia a que hace referencia el inciso segundo del artículo 355 superior, tal como se dejó establecido en apartes anteriores de esta providencia, pues su finalidad no es otra que la de autorizar al Gobierno, en los niveles nacional, departamental, distrital y municipal, el impulso de programas y actividades de interés público acordes con el plan nacional de desarrollo y los planes seccionales de desarrollo, en concurrencia con entidades sin ánimo de lucro de reconocida idoneidad, a través de la celebración de contratos, para lo cual se otorgó al Gobierno Nacional la facultad de desarrollar un reglamento autónomo, que básicamente fue implementado a través del Decreto 777 de 1992 modificado por el Decreto 1403 de 1992.

Este inciso justamente faculta el desarrollo de actividades esencialmente benéficas, no como instrumento económico, sino con un propósito meramente asistencial y altruista, en el que a diferencia del pasado, no se privilegia la arbitrariedad y unilateralidad del gasto público, sino que se exige un grado aceptable de reciprocidad por parte del beneficiario de la ayuda.

De esta manera, es inminente concluir que el mecanismo establecido en el inciso segundo

del artículo 355 puede usarse con el fin de impulsar programas de interés público, como esquema de apoyo a actividades benéficas, pero rodeado de controles subjetivos -solamente puede realizarse con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad - y, objetivos -la materia del contrato se limita a actividades o programas concretos de interés público y acordes con el plan de desarrollo a nivel nacional o seccional-, práctica que a partir de la Constitución de 1991 debe ser el único canal para adelantar la función benéfica del Estado con el concurso de entidades sin ánimo de lucro, sin importar si estas son de naturaleza privada u oficial, en tanto el inciso segundo no establece ninguna discriminación en tal sentido, lo cual entraña un control previo derivado del proceso de selección y un control posterior a la entrega de los recursos públicos.

Al señalar como requisito indispensable, para que estas ayudas procedan, la celebración de un contrato con entidades benéficas, se impone el tamiz de un proceso de selección y el control fiscal de los recursos de quienes fujan como colaboradores del Estado, con el explícito propósito de buscar la eficiencia en la inversión de las partidas públicas por parte de las entidades que las reciban, según se establezca en un “reglamento autónomo”.

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

Esta reflexión es válida si se tiene en cuenta que el constituyente de 1991 concedió al Estado a través de los artículos 334 y siguientes de la Carta, la dirección general de la economía, con lo cual reconoció su capacidad para incidir sobre variables macroeconómicas preponderantes en cualquier economía tales como el crédito, la moneda, la política fiscal y, por supuesto, sobre el gasto y la inversión pública.

Al respecto, los mecanismos que se habilitan en desarrollo de esta clase de intervención han sido objeto de estudio por la Corte, que al efecto ha expresado:

“En el repertorio de las técnicas de intervención indirectas, sobresalen los estímulos o incentivos al desarrollo económico, los cuales sirven para articular políticas económicas participativas y consensuales, de corte no autoritario. El fomento económico, en los términos del artículo 334 de la C.P., constituye una forma legítima de intervención del Estado en la economía y corresponde a una técnica de dirección y manejo de los agentes y variables que en ella inciden, que por su eficacia resulta imprescindible en las actuales condiciones.

El fomento económico apela a la oferta de estímulos positivos que se formulan a las empresas y personas que libremente colaboren en el logro de los objetivos concretos de una determinada política a través de la cual se satisfacen necesidades de interés público, sin que el Estado se vea en la necesidad de crear o gestionar directamente el servicio o la actividad económica de que se trate. No obstante no existir una contraprestación

específica a cargo de las empresas y personas favorecidas con las medidas de apoyo, el Estado y la sociedad pueden beneficiarse en el mediano y en el largo plazo, pues si éstas tienen éxito el crecimiento de los agentes económicos puede repercutir en mayores impuestos, creación de un mayor número de empleos, aumento de las reservas cambiarias del país y, en fin, un mayor poder de ordenación y control de la administración sobre el respectivo sector de la economía.

Las medidas y medios que conforman una específica política de fomento económico, deben estar autorizadas en la ley. De una parte, las subvenciones y ayudas en las que normalmente se traduce el fomento económico, pueden implicar gasto público. De otra parte, el fomento económico, como forma peculiar de intervención en la economía, se sujeta al mandato legal y a su precisa incorporación en los planes de inversión pública. La reserva de ley, en este caso, obedece también a los efectos que las medidas directas o indirectas de subvención o ayuda a los agentes económicos, tienen sobre la libertad de empresa, la libre competencia y la igualdad. En lo que respecta a las entidades territoriales, dentro del marco de la ley o de su propia autonomía, corresponderá a las asambleas o concejos, según el caso, adoptar las medidas de fomento de carácter local.

La circunstancia de que una política de incentivos involucre la aplicación de recursos del erario y que incida de manera tan nítida en la libertad de empresa y en la libre competencia, exige que la ley establezca el marco dentro del cual la administración proceda a su adjudicación sobre la base de la igualdad, la racionalidad, la transparencia, la concurrencia y la objetividad. Así la distribución de las subvenciones se realice a través de una sociedad de economía mixta, sujeta al derecho privado, aquélla trasluce una clara función pública y como tal no podrá considerarse exenta de fiscalización por parte de los órganos de control”²⁴.

Tal como lo señaló la jurisprudencia la intervención económica se torna operativa a partir de la aplicación de políticas sociales que se concretan en inversión pública o en la ejecución de políticas que involucran el empleo de instrumentos económicos capaces de maximizar los beneficios a la sociedad, entre los cuales se destacan las subvenciones - subsidios, incentivos y auxilios-, según lo demanden las externalidades o circunstancias económicas.

Pues bien, la subvención o subsidio no es otra cosa que la diferencia entre el precio que los compradores pagan y el precio que los productores reciben,²⁵

diferencia que para efectos de la presente providencia es pagada por un tercer agente, en este caso el Estado. No obstante, la doctrina apunta a afirmar que sólo en la medida en que el costo del subsidio que autoriza el Estado sea menor que el beneficio que obtiene la sociedad en su conjunto con su aplicación, éste se encuentra plenamente justificado, pues sólo en esa medida el instrumento resulta eficiente y equitativo.

De lo contrario, esto es, cuando el costo del subsidio es mayor que los beneficios que obtiene la sociedad o cuando éste únicamente aumenta las diferencias sociales o beneficia injustificadamente a un grupo de interés, se está frente a un subsidio regresivo de efectos perversos para la sociedad. En el mismo caso se encontrarían aquellos

subsidios que se postergan de manera indefinida en el tiempo, si se tiene en cuenta que ellos están dirigidos a desencadenar un proceso económico en situaciones coyunturales con el fin de generar un beneficio social, de manera que la racionalidad impone que un subsidio con vocación de permanencia carece de eficacia.

La anterior visión económica guarda coherencia con los postulados superiores, si se tiene en cuenta que la razón de ser del subsidio es alcanzar metas sociales, o bien favorecer - por distintas razones- a determinadas personas, actividades o zonas del país, de manera que este criterio indudablemente debe orientar cualquier análisis de constitucionalidad.

En ese orden, se identifican subsidios a la oferta otorgados a los productores de bienes y servicios. Subsidios a la demanda, con los que se reduce lo que paga el usuario, es decir, lo que éste paga por debajo del costo real del bien o servicio. A su turno, los subsidios pueden ser directos, indirectos o cruzados: (i) directos cuando el Gobierno paga una parte del costo del bien o servicio a los beneficiarios o consumidores; se trata de una transferencia directa de bienes en dinero o en especie a grupos sociales con mayores necesidades, asumiendo que las personas que los reciben podrán incrementar sus ingresos o acceder a ciertos bienes o servicios que de otra forma serían inalcanzables; (ii) indirectos cuando el Estado subvenciona la producción de ciertos bienes y servicios bien mediante una transferencia directa al productor o mediante mecanismos como la eliminación de impuestos, otorgamiento de créditos en condiciones preferenciales, o venta de insumos a valor menor que el del mercado y, finalmente; (iii.) subsidios cruzados cuando los sectores de mayores ingresos asumen un porcentaje del costo de los más necesitados, caso en el cual no existe erogación directa del Estado²⁶.

Por su parte, los subsidios directos generan una cierta inercia pues una vez entregadas las ayudas es casi imposible modificarlas sin un costo político para el gobernante de turno. Sin embargo, el verdadero problema que entrañan es que son una herramienta limitada para alcanzar las metas sociales. Es decir, si el subsidio tiene por finalidad superar situaciones transitorias y puntuales en que se encuentran determinadas personas es posible que, bien manejados, produzcan resultados positivos, de manera que funcionan bien en situaciones coyunturales, pero no como mecanismo para revertir o superar problemas estructurales. Lo que significa, como lo han expresado los tratadistas, que se deben identificar y distinguir los problemas sociales coyunturales de las situaciones de tipo estructural.²⁷

Así, la pobreza extrema no alcanzan a ser remediada con mecanismos de subsidio, en atención a que este no es un problema de carencia pura de dinero, sino “[...] un subproducto de otro fenómeno más complejo: la incapacidad de generar recursos[...]” en donde siempre resultaran insuficientes las políticas redistributivas implícitas en todo subsidio directo; por ello su uso debería ser limitado en economías de ingresos bajos, además de que su creación puede dar lugar a conductas contraproducentes, por ejemplo, en aquellos países en que se subsidia el desempleo, aumenta la tasa de desempleo; o los que se entregan a mujeres cabeza de familia aumentan las tasas de natalidad, (Newsweek, 1995)^{28 29}.

En consecuencia, cuando la ley que dé vida al subsidio otorgado en desarrollo de la facultad de intervención del Estado en la economía, no establezca su finalidad, alcances y límites (Art. 150-21 C.P.) ó cuando el costo del subsidio para el Estado supere el costo del beneficio para la sociedad en su conjunto o se dirija a un grupo de interés en que no se privilegie el gasto social se estará frente a la prohibición de que trata el inciso primero del artículo 355 de la Constitución Política.

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

Finalmente, la Constitución autoriza y desarrolla de manera expresa y directa subvenciones, esto es, subsidios o auxilios que se legitiman por si mismos dentro de un Estado social de derecho, de manera que su objetivo no es otro que acortar las distancias de los sectores más deprimidos de la población frente a aquellos que tiene mayor capacidad económica, lo cual de suyo lleva implícita una contraprestación social; en consecuencia la Carta enlista los siguientes:

- * Artículo 43, por el cual se autoriza subsidio alimentario a la mujer en embarazo o después del parto si se encontrará desempleada o desamparada;
- * Artículo 46, por el cual se reconoce un subsidio alimentario a personas de la tercera edad en estado de indigencia;
- * Artículo 48, por el cual se autoriza un subsidio dirigido a ampliar la cobertura en materia de seguridad social;
- * Artículo 50, mediante el cual se establece la atención gratuita a todo niño menor en instituciones que reciban aportes del Estado;
- * Artículo 51, por el cual se autoriza la promoción de planes de vivienda de interés social, sistemas de financiación y formas asociativas de ejecución de programas de vivienda;
- * Artículo 52, por el cual se consagra la obligación del Estado de fomentar las actividades deportivas y recreativas;
- * Artículo 64, según el cual corresponde al Estado garantizar el acceso progresivo a la propiedad de la tierra de los trabajadores del campo;
- * Artículo 69, que autoriza la creación de mecanismos financieros dirigidos a facilitar el acceso de personas aptas a la educación superior;
- * Artículo 71, por el cual se autoriza el fomento y creación de incentivos para personas e instituciones que desarrollen y fomenten la ciencia y la tecnología;

* Artículo 305.6, por el cual se 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.

En aplicación de los principios de racionalidad e integralidad, se tiene que el lindero entre los auxilios o subsidios creados en desarrollo de la facultad de intervención en la economía que otorga el artículo 334 superior y los que directamente autoriza la Constitución Política -antes enlistados-, y, la restricción que expresamente impone el inciso primero del artículo 355, debe buscarse no a título de excepción de una disposición frente a la otra, sino precisamente, en función de que el auxilio o subsidio, alcance la finalidad para el cual fue creado y reporte un beneficio social, pues de lo contrario, se estaría en el campo de la prohibición de que trata el artículo 355 superior.

En ese orden, se precisa: (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.

Pues bien, 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:

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 consejos distritales o municipales[...]"

i. 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. Vale la pena recordar lo que en el tema concreto y frente al principio de igualdad ha manifestado la Corte:

“Luego de la reiterada y consistente jurisprudencia constitucional en la materia no parece necesario explicar, una vez más, porqué en un Estado de derecho toda asignación de recursos públicos debe estar sometida estrictamente al principio de igualdad. En particular, cuando se trata de la asignación de bienes o recursos públicos sin contraprestación, la sociedad tiene derecho a que existan garantías legales claras, expresas y exigibles, que aseguren que el proceso distributivo está guiado de manera estricta por el artículo 13 de la Carta.

En este sentido, tanto la Corte como la doctrina y la jurisprudencia internacional han encontrado que las medidas distributivas o de satisfacción de derechos sociales o incentivos económicos, que se adopten como resultado de un proceso que no respete el principio de igualdad o que pueda terminar generando privilegios constitucionalmente injustificados son, en principio, inconstitucionales. Tales medidas no sólo vulnerarían el artículo 13 de la Carta sino los artículos 2.2 y 3 del PIDESC.30

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. De otra forma, como lo ha señalado la Corte, la política pública podría ser fácilmente confundida con la 'dilapidadora y venal concesión de privilegios'³¹ contraria a cualquier Estado democrático."³²

i. 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.

i. 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.

i. 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.

i. 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.

i. 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 ley³³".

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

La figura de la desviación de poder -détournement de pouvoir- usada en Francia en 1869, señalaba algunos casos de 'desviación del poder de policía conferido a la Administración', en la que incurriría el agente administrativo que 'cumpliendo un acto de su competencia y siguiendo las formas prescritas por la legislación', utilizaba 'su poder discrecional para un caso y por motivos distintos de aquellos en relación a los cuales tal poder le había sido conferido³⁴'.

Este primer concepto fue ampliado por Laferrière en 1888 “La desviación de poder constituye pues un abuso del mandato que el administrador ha recibido. El que lo comete adopta, bajo una falsa apariencia de legalidad, decisiones que no le atañen y que están, así, incursas en una especie de incompetencia, sino (sic) ppor las prescripciones que imponen, sí, al menos, por el fin que persiguen³⁵[...]”. Indudablemente, puede afirmarse que en considerable medida los elementos que incluye esta definición mantienen toda su vigencia en lo que atañe a la prohibición en estudio, cuando el auxilio o subvención a pesar de tener apariencia de legalidad, persigue, un espurio interés particular.

Se ha dicho con mucha razón que ‘el talón de Aquiles de la desviación de poder ha sido su prueba, ciertamente una ‘probatio diabólica’, en la medida que supone la necesidad de llegar a la evidencia del fin espurio que la infracción entraña³⁶, asunto siempre lleno de dificultad, lo que convierte el aspecto probatorio en el problema fundamental de la desviación de poder, como lo reconoce prácticamente de manera unánime la doctrina³⁷.

Sin embargo, para la jurisprudencia colombiana la regla general en materia probatoria cuando se pretenda la declaración de nulidad de un acto administrativo acusándolo de incurrir en desviación de poder, no es otra que atribuir al demandante la carga de demostrar plenamente que la autoridad administrativa -en ese caso- profirió el acto, no en beneficio del buen servicio público -lo que se presume-, sino con un fin apartado de dicho propósito.

De acuerdo con esta exigencia es necesario probar, por tanto, que los móviles que impulsaron al órgano administrativo o legislativo a establecer un determinado auxilio o subsidio no correspondían en realidad a buscar un retorno a la sociedad sino un beneficio político o económico, parcelando con visos de legalidad el presupuesto público, de manera que por encima de su resultado la finalidad fue desviada.

La referida carga de la prueba se deriva -como no podía ser de otra forma- de la presunción de legalidad que robustece a la actividad pública, presupuesto de partida en virtud del cual se afirma que “[...]en el ejercicio de la facultad discrecional existe una presunción legal, según la cual el acto se profiere en aras del interés general y en orden a una mejor prestación del servicio.(...)’ ‘(...) Esta presunción que es ‘iuris tantum’ admite prueba en contrario, pero la carga de la prueba corresponde siempre a quien controvierte su legalidad [...]38”.

Sin embargo, existen hechos e indicios que sumados y revisados desde el ángulo de la sana crítica pueden llevar al juez a la íntima convicción de una desviación de poder.

Basada la Corte en todo lo expuesto, concluye en concreto frente al cargo formulado:

1. La disposición que se demanda parcialmente en esta oportunidad -artículo 1º de la Ley 36 de 1981-, faculta al Ministerio de Defensa para que dentro de los planes de recreación y bienestar, pueda asignar partidas presupuestales y elementos

disponibles, a las entidades que sin ánimo de lucro tengan por objeto proporcionar a los miembros de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, en actividad y en retiro, medios de recreación deportiva, social y cultural y de fortalecimiento de los vínculos de compañerismo entre ellos.

1. El cargo una vez corregido por el actor se orientó a solicitar la inconstitucionalidad de la expresión “o asignar partidas presupuestales y elementos disponibles”, en consideración a que la asignación de partidas presupuestales y bienes públicos por parte del Ministerio de Defensa podría constituir un auxilio o donación, de los expresamente prohibidos por el inciso primero del artículo 355 de la Constitución Política.

1. De conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de esta sentencia, se tiene que la asignación a que hace mención el aparte demandado del artículo 1º de la Ley 36 de 1981, no fue autorizada en desarrollo de la facultad de intervención del Estado en la economía y, por tanto no corresponde a una subvención de naturaleza económica condicionada a la verificación de retorno o beneficio a la sociedad en su conjunto.

1. Si bien el deporte y la recreación en los términos del artículo 52 superior constituyen gasto público y, en ese orden la Constitución autoriza expresamente el fomento de estas actividades, se advierte que la Ley 36 de 1981 autorizó in genere al Ejecutivo para asignar partidas, pero omitió consagrar garantías dirigidas a asegurar la igualdad material en el reparto de tales asignaciones, abriendo la compuerta a la arbitrariedad en la distribución de los recursos públicos. Así, en relación con el aparte demandado del artículo 1º de la Ley 36 de 1981, se omitió determinar de manera concreta las condiciones y criterios de asignación, así como límites y porcentajes de las partidas a asignar y demás requisitos que aseguren la participación de las entidades destinatarias en condiciones de igualdad, lo que obstaculiza el control fiscal de los recursos públicos y facilita la desviación de poder, razón suficiente para encontrar fundado el cargo de inconstitucionalidad por violación al artículo 355 superior.

1. De otro lado, la asignación que por vía del precepto demandado se autoriza, está claramente dirigida a un grupo de interés: entidades sin ánimo de lucro que tengan por objeto la recreación deportiva, social o cultural, así como la promoción del compañerismo entre los miembros activos o en retiro de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional, cuyo objeto es ampliamente cubierto por las Cajas de Compensación Familiar a las cuales se dirigen buena parte de las contribuciones parafiscales, lo cual descarta la urgencia y trascendencia de dicha erogación.

En ese orden, si lo que se pretende por vía de la ley en estudio es mejorar la calidad de vida

de los miembros de la fuerza pública, estos servicios son ofrecidos por las Cajas de Compensación Familiar, sin perjuicio de que el Ministerio acuda a la facultad que el mismo inciso segundo del artículo 355 otorga al Gobierno Nacional para celebrar contratos con entidades sin ánimo de lucro con el fin de impulsar programas de interés público, siempre que para el caso se dé cumplimiento al Decreto 777 de 1992 modificado por el Decreto 1403 de 1992.

1. De conformidad con lo expuesto en la parte motiva y considerativa de esta sentencia en relación con las reglas jurisprudenciales establecidas por esta Corte para la constitucionalidad de las asignaciones de recursos o bienes públicos a personas naturales o jurídicas de derecho privado, sin contraprestación alguna, reitera esta Sala que tales asignaciones constituirán auxilios o donaciones proscritos por el artículo 355 Superior y, serán inconstitucionales, cuando no se encuentren ajustadas al Plan Nacional de Desarrollo y a la correspondiente Ley de Inversiones, lo cual ocurre en el presente caso, razón de más para declarar la inexecutable solicitada.

Como ya fue explicado, toda norma legal que asigne recursos públicos en cumplimiento de una determinada política social o económica debe asegurar como mínimo el principio de igualdad y no discriminación, asegurar un retorno social mayor que el costo del auxilio y estar acorde con el Plan Nacional de Desarrollo. En ese sentido, huelga reiterar que los apartes de la disposición que se demanda no entrañan tales garantías. Por lo expuesto, para la Sala aparece demostrada la violación del artículo 355 de la Constitución y, por tanto, declarará la inexecutable de la expresión demandada.

VII. DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional de la República de Colombia, en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

DECLARAR INEXEQUIBLE la expresión “o asignar partidas presupuestales y elementos disponibles” contenida en el artículo primero de la Ley 36 de 1981.

Notifíquese, comuníquese, publíquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y archívese el expediente.

NILSON PINILLA PINILLA

Presidente

MARIA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrado

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

JUAN CARLOS HENAO PÉREZ

Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

HUMBERTO SIERRA PORTO

Magistrado

Con Aclaración de Voto

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaria General

1 Ver Sentencias C-647 de 1997, C-646 de 2002 y C-061 de 2005, entre otras.

2 Ver Sentencia C-955/01.

4 Sentencia C-646 de 2002.

5 Sentencia C-061 de 2005.

6 Sentencia C-061 de 2005.

7 Sentencia C-372 de 1994.

8 Sentencia C-372 de 1994.

9 Interpretación y Génesis de la Constitución de Colombia. Carlos Lleras de la Fuente, Carlos Adolfo Arenas Campos, Augusto Hernández Becerra, Juan Manuel Charry Urueña. Asociación Colombiana de Derecho Constitucional. agosto de 1992. Páginas 586 y 587.

10 El Congreso en la Constitución de 1991. Alfonso Palacio Rudas. Tomas Grez & Sons de Colombia -Tercer Mundo Editores. 1992. página 143.

11 Sentencia C-506 de 1994. Se demanda la autorización especial otorgada a la Nación y sus entidades descentralizadas para crear y organizar con los particulares sociedades civiles y comerciales y personas jurídicas sin ánimo de lucro como corporaciones y fundaciones, con el objeto de adelantar las actividades científicas y tecnológicas, proyectos de investigación y creación de tecnologías para lo cual podrían realizar aportes dinero, en especie o de industria.

Al respecto, la Corte Constitucional reitera el mencionado criterio para estos asuntos, pero advierte que de existir fundamento constitucional expreso, que es para el caso la actividad de fomento de la investigación y de la actividad científica y tecnológica de que se ocupan las disposiciones acusadas en esta oportunidad, como ocurre con los artículos 69 y 71 superiores. La constitucionalidad de la ley es avalada. En efecto, en el caso de las disposiciones acusadas en esa oportunidad, se trató de una concreta modalidad de destinación de los recursos públicos para la atención de una actividad específica de carácter público identificada en la Constitución y en la ley, con la participación de los particulares, previa celebración de un contrato.

12 C-205-95. Se analiza el artículo 25 de Ley 41 de 1993, por el cual se concede a los pequeños productores, usuarios de los distritos de adecuación de tierras, un subsidio equivalente al 50% de las cuotas de recuperación de inversiones de los proyectos. Al efecto, la Corte reconoce que todo subsidio estatal a usuarios de un servicio público o beneficiarios de una inversión pública, necesariamente posee un componente de transferencia de recursos del Estado a un particular, que deja de tener una inmediata contraprestación, total o parcial, a cargo de éste. A la luz del artículo 355 de la CP, puede afirmarse que los subsidios del Estado a los particulares, por regla general, se encuentran prohibidos. La excepción 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. En el presente caso se ha consagrado un subsidio parcial del costo de recuperación de esta suerte de inversiones públicas, que beneficia a los pequeños productores. 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. El tratamiento diferente y favorable que se les prodiga, en consecuencia, se justifica pues solo así - gracias al subsidio - pueden mantenerse como categoría social y recibir el beneficio de la acción estatal como los restantes productores agrarios. Desde luego, el Consejo Superior de Adecuación de Tierras, al cual se asigna la función de determinar las condiciones socioeconómicas que deban reunir los usuarios sujetos de los subsidios (Ley 41 de 1993, art. 10-7), so pena de violar la Constitución y la ley, debe asegurarse que los beneficiarios efectivamente sean personas cuyas condiciones materiales no les permitan sufragar la cuota integral que deben satisfacer los restantes titulares o poseedores de predios, pues, de lo contrario, se estaría configurando una inequidad de trato y un asistencialismo no congruente con el designio de promover la igualdad real y efectiva, la que en modo alguno puede confundirse con la dilapidadora y venal concesión

de privilegios.

13 C-251-96. Se demanda el artículo 58 de la Ley 9 de 1989 que autoriza ceder a título gratuito los inmuebles de propiedad del Estado, para vivienda de interés social a particulares. Concluye la Corporación que la Constitución no prohíbe que el Estado transfiera a los particulares, sin contraprestación económica, recursos públicos, siempre y cuando tal transferencia tenga un sustento en principios y derechos constitucionales expresos. Esa es la única forma de armonizar la prohibición de los auxilios y donaciones (CP arts 355) con los deberes sociales de las autoridades colombianas, que derivan de la adopción de la fórmula política del Estado social de derecho (CP art. 1º) y de los fines que le son inherentes (CP art. 2º), entre los cuales ocupa un lugar preponderante la búsqueda de un orden justo, en donde la igualdad sea real y efectiva (CP arts 2 y 13). En ese orden encuentra que tales subsidios no están prohibidos, porque no son actos de mera liberalidad sino de justicia distributiva, con el propósito de satisfacer derechos preexistentes, como sucede con los derechos que consagra la propia Constitución.

14 C-152/99.

15 Sentencia C-152- 99. Se estudia la exequibilidad del artículo 31 de la Ley 397 de 1997, por el cual se crea una pensión vitalicia para creadores y gestores de la Cultura. La Corte lo declara constitucional al reconocer que la Constitución autoriza al Estado para que pueda conceder subvenciones, estímulos económicos o subsidios a particulares, tratándose de actividades que aquélla directamente considera dignas y merecedoras de apoyo como la prevista en el 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”. En este orden de ideas,

la Constitución aparte de permitir la concesión de incentivos o estímulos a las personas dedicadas a la creación o al desarrollo cultural, no determina la forma concreta que éstos podrían revestir, de esa manera corresponde al Legislador, en el contexto de las políticas que en este campo considere conveniente dictar, definir el contorno y alcance concretos de los beneficios que en un momento dado pueden servir como instrumentos de desarrollo científico, tecnológico y cultural. En particular, lo que se resuelve es la legitimidad de la conducta del Estado que, con fondos del erario, concede un incentivo económico bajo la forma de cancelación de cotizaciones en favor de ciertas personas que, gracias a ella, se convierten en beneficiarios del sistema de seguridad social.

Manifiesta la Corte que no es difícil verificar que el beneficio que en este caso se concede tiene relación directa con el desarrollo y fortalecimiento de la cultura y, por otro lado, puede considerarse idóneo para alcanzar este fin. Los artistas, pintores, músicos, entre otros creadores o impulsores de la cultura, que hayan concentrado su quehacer vital en ofrecer un aporte espiritual significativo a su país, pueden haber desestimado su propio bienestar material y encontrarse más tarde en su vida en condiciones económicas tan precarias que no puedan afrontar, sin el apoyo de la sociedad y del Estado, la satisfacción de sus más mínimas necesidades. A través del subsidio, la sociedad representada por el

Estado, pretende compensar, así sea de manera parcial y simbólica, la contribución desinteresada que han hecho al bien público de la cultura, del cual todos en mayor o menor medida son beneficiarios. Se torna imperioso, por consiguiente, que en ejercicio de la potestad reglamentaria el Gobierno establezca el procedimiento que debe ser observado a fin de entregar los incentivos económicos dispuestos por la ley, de modo que los mismos se asignen a las personas que tengan los mayores méritos y necesidades.

16 C-152/99.

17 C.1168/01. La Corte concluye que las partidas acusadas de los artículos 2º y 3º de la Ley 628 de 2000 relativas a los cupos indicativos del Banco de Proyectos no vulnera el artículo 355 superior ya que constituyen legítimas partidas de desarrollo regional y no configuran auxilios parlamentarios. Sin embargo, ese mismo análisis puso en evidencia que esas partidas, para poder ser ejecutadas, tienen que promover el desarrollo armónico de las regiones (CP art. 334), ajustarse a los principios de planeación y legalidad del gasto (CP arts 339, 345 y 346), y no deben constituir instrumentos de desviación de poder. Por esa razón, la Corte condicionó la constitucionalidad de esas apropiaciones, en los siguientes términos: En virtud de los principios de moralidad, imparcialidad y publicidad de la actuación administrativa (CP art. 209), es deber de las autoridades encargadas de aprobar los proyectos concretos de inversión explicar y motivar por qué es escogido un determinado proyecto de inversión y no otro. De otro lado, en virtud del principio de legalidad del gasto, esas partidas son apropiaciones para la inversión y el desarrollo regional, y en ningún momento constituyen cupos de los congresistas, de los cuáles ellos pueden disponer libremente o condicionar su orientación, ya que esos cupos individuales están terminantemente prohibidos por la Constitución. En tercer término, en virtud del principio de igualdad y del deber del Estado de promover el desarrollo armónico de las regiones (CP arts 13 y 334), los programas y proyectos financiados con esas partidas deben ser distribuidos en forma equitativa entre las entidades territoriales. En cuarto término, es claro que la ejecución de esas partidas debe ajustarse a las normas orgánicas que rigen el proceso presupuestal. Por ello, en desarrollo del principio de democracia participativa, y de conformidad con el artículo 68 del decreto 111 de 1996, los proyectos a ser financiados con esas partidas podrán ser presentados por la "iniciativa directa de cualquier ciudadano". Por consiguiente, también quienes aspiren a ser miembros de cuerpos representativos podrán presentar proyectos, que deberán ser debidamente estudiados y considerados. En quinto término, en desarrollo del principio de legalidad del gasto y de las normas orgánicas presupuestales, los proyectos 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 esta 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. Finalmente, 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), y debe existir un registro público de todos los proyectos para conocimiento general de la

ciudadanía.

18 C1168/01. En concepto de la Corte las normas demandadas no contradicen lo dispuesto en el artículo 355 de la Constitución Política; por el contrario, mediante ellas el legislador implementó un sistema mediante el cual, a pesar de las contingencias y de las variables económicas internacionales, se permite al mercado nacional garantizar un precio competitivo para la venta del combustible tipo Jet A1. A partir de los preceptos examinados el Estado intervino para incentivar el desarrollo de una industria de especial interés, por cuanto de ella dependen factores relacionados con el fomento de la productividad macroeconómica, en particular con el transporte de pasajeros y de las mercancías requeridas por el mercado interno, como también de aquellas producidas para la exportación.

19 Sentencia C-507 de 2008.

20 Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española. Vigésima Primera Edición. 1992. Página 1356.

21 Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española. Vigésima Primera Edición. 1992. Página 1356.

22 Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española. Vigésima Primera Edición. 1992. Página 164.

23 Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española. Vigésima Primera Edición. 1992. Página 547.

24 Corte Constitucional, sentencia C-254 de 1996.

25 CALL, Steven et Loan, William L., Microeconomía, Grupo Editorial Iberoamérica S.A. de C.V. México.

26 Ibidem.

27 Becker, Gary S. (1964), Human Capital, New Cork, Colombia University Press.

28 Sabino Carlos (1994) De Cómo un Estado Rico nos Llevó ala Pobreza, Caracas, Panapo-CEDICE.

29 Wagner, Richard E. (1989) To Promote the General Welfare, San Francisco California The Pacific Research Institute.

30 La discriminación puede producirse tanto en el proceso de asignación como en el resultado de la misma. Sobre lo primero, Cfr. Entre otras T-499 de 1995. Sobre lo segundo Comité ECOSOC, Observación General No. 12, párrafo 18.

31 C-205 de 1995.

32 Sentencia C-507 de 2008. Ver también sentencia T-499 de 1995 y C-423 de 1997.

33 C-1168 de 2001.

34 SÁNCHEZ ISAAC, J., La desviación de poder en la reciente jurisprudencia, Editorial Bayer Hermanos S.A., Barcelona, 1999, p. 27 AUCOC, M., Conférences sur l'Administration et le Droit Administratif, Dunod Editeur, Paris, 1878, p. 467., apud SÁNCHEZ ISAAC, J., La desviación de poder, cit., p. 64.

36 Ibidem, p.27.

37 Ibidem, p.36;

38 Ibidem. Pág. 38