



T 777

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCION TERCERA, SUBSECCIÓN "B"

159

Consejero Ponente: Danilo Rojas Betancourth

Bogotá D. C., 10 de marzo de 2011

Radicación No. 25000-23-26-000-1995-01681- 01

Actor: Sociedad de Mejoras y Ornato de Bogotá

Demandada: Distrito Capital de Bogotá-Secretaría de Hacienda-Dirección Distrital de Impuestos.

Referencia: Apelación sentencia. Acción de reparación directa (16.395)

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 28 de enero de 1999 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, a través de la cual se denegaron las pretensiones de la demanda y se declaró la caducidad respecto de algunas de ellas.

ANTECEDENTES

I. Síntesis del caso

1. La Sociedad de Mejoras y Ornato de Bogotá afirma que las Leyes 58 de 1945, 33 de 1948 y el Decreto Reglamentario 537 de 1974 ordenan que se pague a su favor un porcentaje del 10% del total de las rifas y sorteos que se realizan en Bogotá, D.C.; dice también que el recaudo del porcentaje referido debía hacerse por parte de la Secretaría de Hacienda de Bogotá, D.C., a pesar de lo cual tal entidad se abstuvo de hacerlo a partir del año 1991 y en los siguientes 1992, 1993, 1994.

II. Lo que se demanda

2. El 13 de diciembre de 1995, a través de apoderado judicial, la Sociedad de Mejoras y Ornato de Bogotá, en ejercicio de la acción de reparación directa, presentó demanda para que se declarara la falla del servicio de la entidad demandada por no haber hecho los recaudos a favor de la parte actora y para que se proferiera la condena correspondiente (folios 1 - 7, cuaderno 1). Las pretensiones de la demanda están constituidas, principalmente, por las siguientes declaraciones y condenas:



Exp. 16.395

Actor: Sociedad de Mejoras y Ornato de Bogotá.

"1. El Distrito Capital de Santafé de Bogotá -Secretaría de Hacienda- Dirección Distrital de Impuestos, es civil y administrativamente responsable del pago de los valores establecidos por las leyes 58 de 1945, 33 de 1948 y D. L. 537 de 1974 en favor de la Sociedad de Mejoras y Ornato de Bogotá, esto es, el 10% del costo total de los bienes rifados en la ciudad.

2. Que en consecuencia deberá pagarle las siguientes sumas de dinero:

2.1. \$203.537.392, que representan el 10% de los bienes rifados en el año de 1991.

2.2. \$315.415.229, que representan el 10% de los bienes rifados en el año de 1992.

2.3. \$427.306.732, que representan el 10% de los bienes rifados en el año de 1993.

2.4. \$479.640.006, que representan el 10% de los bienes rifados hasta el mes de octubre de 1994.

2.5. El equivalente al 10% de los bienes rifados en los meses de noviembre y diciembre de 1994.

2.6. El equivalente al 10% de los bienes rifados en el año de 1995.

2.7. El equivalente al 10% de los bienes rifados entre la fecha de presentación de la demanda y la de la fecha de la última verificación realizada por peritos.

2.8. El equivalente al 10% de los bienes rifados entre la fecha anterior y la ejecutoria de la sentencia.

III. Trámite procesal

3. Una vez admitida la demanda y notificada al Distrito Capital de Bogotá-Secretaría de Hacienda-Dirección Distrital de Impuestos (folios 11 y 13, cuaderno 1), la entidad estatal se opuso a las pretensiones; como argumento principal afirmó que las normas referidas por el demandante no tenían vigencia bajo la Constitución Política de 1991, puesto que los artículos correspondientes (entre otros, 338, 345, 361, 362) creaban un nuevo marco en el que no estaban permitidos los auxilios y donaciones a particulares¹ y se daba un manejo diferente respecto del situado fiscal y las transferencias; también dijo que la sociedad demandante no demostró su objeto social, ni su competencia para manejar dineros públicos; propuso como excepciones las de caducidad, prescripción, reclamación de lo no debido y cosa juzgada (folios 31 - 34, cuaderno 1).

¹ La entidad demandada dice textualmente en la contestación: "... al tenor de la actualidad, volvemos a citar la Constitución Nacional, que niega los derechos de particulares a intransferirles (sic) los fondos públicos a favor de particulares, convirtiéndose en auxilios prohibidos por mandato legal (sic), dicha legislación se ha derogado por el ordenamiento nacional, a partir de la reforma tributaria existente en la actualidad, pues ninguna entidad del orden privado podrá manejar recursos de la nación a cualquier orden, salvo los de fiducia."



Exp. 16.395

Actor: Sociedad de Mejoras y Ornato de Bogotá.

4. En los alegatos de conclusión, la entidad demandada afirmó que con la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991, de acuerdo con lo dispuesto en su artículo 355, habían quedado proscritos de nuestro ordenamiento jurídico los auxilios o donaciones en favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado, de suerte que se debía aplicar por parte de la autoridad judicial *"la excepción de inconstitucionalidad sobreviviente de las normas que supuestamente sustentan los alegatos y pedimentos de la actora"*; también manifestó que el 10% demandado sólo se podría establecer, en vigencia de las normas referidas, sobre la utilidad de las rifas (folios 83–89, cuaderno 1).

5. El Tribunal Administrativo de Cundinamarca denegó las pretensiones de la demanda. Dijo que el Decreto 537 de 1974 imponía a la entidad estatal la obligación de recaudar a favor de la sociedad de mejoras *"un 10% adicional sobre el valor del porcentaje autorizado como utilidad para quien realizara la rifa"*, cuestión diferente a lo que se pretendía en la demanda, esto es, que se reconociera ese porcentaje sobre el valor total de las rifas; de acuerdo con lo anterior, concluyó que *"no se logró definir valor alguno que corresponda a esa utilidad, solo se demostró el valor de unas utilidades que fueron pagadas oportunamente"*; en relación con las excepciones, declaró que operaba la caducidad de las pretensiones de los años 1991 y 1992; acerca de la excepción de inconstitucionalidad, sentenció que no tenía cabida en el asunto porque no había contradicción ni incompatibilidad entre el artículo 355 constitucional y las normas legales invocadas, pues los dineros que recauda la entidad demandada a favor de la sociedad de mejoras no hacen parte del presupuesto de Bogotá, D.C. (folios 139 – 152, cuaderno principal).

6. La Sociedad de Mejoras y Ornato de Bogotá apeló el fallo. Afirmó que la sentencia era *"pobre en su motivación"* y que había violado el debido proceso al desconocer las *"reglas metodológicas"* que prescribe el artículo 170 C.C.A., puesto que dejó de valorar las pruebas, en especial, el dictamen pericial practicado en el proceso; reiteró que la entidad demanda *"era, y es el ente encargado por la Ley para efectuar el recaudo del 10% del costo total de lo rifado en favor de la Sociedad de Mejoras y Ornato de Bogotá"* de acuerdo con las normas invocadas, las cuales no fueron



Exp. 16.395

Actor: Sociedad de Mejoras y Ornato de Bogotá.

observadas por el tribunal a quo; precisó que *"si en gracia de discusión fuese válida la interpretación que el 10% se toma de la utilidad, ha debido el Tribunal ejercer la potestad derivada del principio de la 'iura novit curia' para que con base en el monto total de la base gravable deducir el 30% que se autoriza y se presume como utilidad y de la cifra resultante derivar el 10% para la Sociedad"*; finalmente, indicó que el Tribunal no tuvo en cuenta la actuación que se surtió ante la Administración y ante el juez administrativo al momento de declarar oficiosamente la caducidad de las pretensiones de los años 1991 y 1992 (folios 162 – 172, cuaderno principal)

CONSIDERACIONES

I. Competencia

7. La Sala procede a resolver el recurso de apelación formulado por la parte demandante, Sociedad de Mejoras y Ornato de Bogotá, en juicio de dos instancias, habida consideración de que es competente por la naturaleza y la cuantía del asunto, respectivamente: (i) las pretensiones se fundamentan en la ocurrencia de un supuesto daño derivado de una omisión administrativa y, para tales efectos, el Código Contencioso Administrativo prescribe que la acción de reparación directa es la pertinente; (ii) del escrito de demanda se desprende que la pretensión mayor asciende a \$479'640.006, valor que supera ampliamente la suma exigida a la fecha de presentación de la demanda, \$9.610.000, diciembre de 1995, para que los procesos iniciados en ejercicio de la acción de reparación directa fueran de mayor cuantía.

II. Hechos probados

8. De conformidad con las pruebas incorporadas al expediente, las cuales se hallan en estado de valoración puesto que fueron allegadas en cumplimiento de los presupuestos procesales, los hechos que dan lugar a la presente actuación se pueden resumir de la siguiente forma:



Exp. 16.395

Actor: Sociedad de Mejoras y Ornato de Bogotá.

8.1. La Sociedad de Mejoras y Ornato de Bogotá es una *"entidad autónoma, de utilidad común, de carácter privado, sin ánimo de lucro, con patrimonio propio y con Personería Jurídica reconocida mediante Resolución Ejecutiva proferida por el Ministerio de Gobierno el 18 de diciembre de 1917"*; su patrimonio está constituido, entre otros, por los ingresos que provienen *"del recaudo de los recursos públicos que la legislación establece"* a su favor y por las rentas, las subvenciones y los auxilios que percibe (documento original del certificado expedido por la División de Personas Jurídicas de la Alcaldía Mayor de Bogotá D. C. –folio 8, cuaderno 1–; copia auténtica de los estatutos de la sociedad –folios 74–90, cuaderno 2–).

8.2. El valor del recaudo efectuado por la Secretaría de Hacienda Distrital, por concepto *"rifas y sorteos"*, ascendió en el año de 1991 a *"\$428.448.605.25"*, mientras que la suma girada a la sociedad demandante ascendió a *"\$1.448.605.00"*, posteriormente, los conceptos referidos ascendieron, respectivamente, a *"\$503.825.680.67"* y *"\$1.781.448.00"* en 1992, y a *"\$682.554.976.50"* y *"\$3.332.998.50"* en 1993 (documento original de la comunicación expedida el 5 de febrero de 1997 por la Jefatura de Contabilidad Financiera de la Secretaría de Hacienda –folio 131, cuaderno 2–).

8.3. En el año 1994 no hubo rifas que reportaran utilidades y por tal motivo la Secretaría de Hacienda Distrital no giró suma alguna a la sociedad demandante. En 1995, el reporte total de utilidades percibidas por la realización de rifas ascendió a *"\$216.000"*. En relación con los años 1996, 1997 y siguientes, no hubo recaudo alguno ni pago a favor de la sociedad demandante puesto que con la expedición del Acuerdo Distrital 28 de 1995 se fusionaron en un solo impuesto los *"espectáculos públicos, juegos, rifas, sorteos, concursos y similares"* y se unificó la tarifa respectiva en el *"10% sobre el valor de los ingresos brutos"*, lo cual cambió la base gravable del impuesto demandado por la sociedad de mejoras, cuya base eran las utilidades percibidas por quienes realizaban la actividad gravada (certificación de referencia OF-SH-98-420-0370, expedida el 11 de septiembre de 1998 por la Oficina Jurídico Tributaria de la Dirección de Impuestos Distritales –folios 136–137, cuaderno 1–).



Exp. 16.395

Actor: Sociedad de Mejoras y Ornato de Bogotá.

8.4. El Concejo Distrital de Bogotá, no expidió acuerdo alguno *"relacionado con la regulación de la Sociedad de Mejoras y Ornato de Bogotá y recaudación del 10%"* (documento original de la certificación expedida el día 26 de septiembre de 1996 por parte de la División de Documentación y Registro del Concejo de Bogotá –folio 21, cuaderno 2–).

8.5. La sociedad demandante no presentó planes de premios para aprobación de la Dirección de Rifas, Juegos y Espectáculos Públicos de Santa fe de Bogotá (documento original del oficio No. 037145 del 21 de noviembre de 1996, expedido por el Jefe de Archivos de la Secretaría de Gobierno del Distrito –folio 735, cuaderno 4–).

8.6. En el año 1992, se expidieron 145 resoluciones de autorización para realizar rifas; en 1993, fueron 313 resoluciones; en 1994, 315 y en 1995, 114 (documento original del oficio 531 del 23 de octubre de 1996, expedido por la Dirección de Alcaldías Locales, adjunto al cual se allegó la relación de planes de premios de las rifas efectuadas y autorizadas para los años 1992, 1993, 1994, 1995 y 1996–cuaderno 3).

8.7. La Sociedad de Mejoras y Ornato de Bogotá pidió a la entidad demandada el recaudo de las sumas correspondientes a las rifas, y ésta le contestó a través de diferentes conceptos jurídicos, los cuales fueron demandados ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo por parte de la referida sociedad. La demanda fue inadmitida por la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, con fundamento en que tales conceptos no constituían actos administrativos, decisión que fue confirmada el día 7 de julio de 1995 por la Sección Cuarta del Consejo de Estado (folios 13–18, cuaderno 2).

8.8. Si bien no constituye un hecho probado, la Sala considera necesario referir que, mediante dictamen presentado el día 27 de junio de 1997 y ampliado el día 31 de julio de 1997, los peritos rindieron su experticio en relación con los valores recaudados por la entidad demandada por rifas y sorteos en el período de 1990 a

162⁷

Exp. 16.395

Actor: Sociedad de Mejoras y Ornato de Bogotá.

1

1997, cuantificaron los valores correspondientes al 10% reclamado y concluyeron que el Distrito adeudaba a la Sociedad de Mejoras y Ornato de Bogotá, a junio de 1997, la suma de \$4.509'620.141.93 (folios 91-159, cuaderno 2).

III. Problemas jurídicos

9. Se advierten tres problemas jurídicos que deben ser resueltos para efectos de establecer si hubo falla del servicio por omisión de la entidad demanda al abstenerse de recaudar las sumas reclamadas por la sociedad demandante, a saber: (i) ¿Son públicos los recursos a los cuales hacen referencia las Leyes 58 de 1945 y 33 de 1948 y el Decreto Reglamentario 537 de 1974; (ii) ¿Una vez entrada en vigencia la Constitución Política de 1991, los pagos ordenados por las normas referidas han debido destinarse por parte la entidad demandada a la Sociedad de Mejoras y Ornato de Bogotá? (iii) ¿Cuál es el porcentaje de las rifas que se debía entregar a las sociedades de mejoras de acuerdo con las normas mencionadas?

IV. Naturaleza jurídica de los recursos por los cuales se presenta la demanda

10. La Sala encuentra que los recursos a los cuales hacen referencia las Leyes 58 de 1945² y 33 de 1948³ y el Decreto Reglamentario 537 de 1974⁴ son públicos y

² "Artículo 1. Las Sociedades de Mejoras Públicas, establecidas o que se establezcan en el país, que hayan obtenido personería jurídica, podrán verificar en cada año hasta cuatro (4) rifas de casas higiénicas para trabajadores debidamente acondicionadas, en los barrios o sectores populares más aconsejables de las ciudades, y siempre que dicha urbanización cuente con la aprobación de la Sección de Obras Públicas del Respectivo Municipio.

Artículo 2. Decláranse de reconocida utilidad social las rifas que efectúen las Sociedades de Mejoras Públicas a que se refiere el artículo anterior. Con el fin de que en tales rifas no medie el ánimo de lucro, y el valor de las boletas esté al alcance de las clases populares, tales rifas quedan exoneradas de toda clase de impuestos nacionales, departamentales y municipales.

Artículo 3. El valor de la emisión de las boletas para cada rifa no podrá sobrepasar el costo total de la cosa rifada, más los gastos de Administración y propaganda, que no podrán exceder de un veinte por ciento (20%) de la misma, y hasta un diez por ciento (10%) de utilidad para la respectiva Sociedad de Mejoras Públicas.

Parágrafo 1. Las utilidades que perciban las Sociedades de Mejoras Públicas, por este medio, sólo podrán invertirse en la realización de aquellos fines para que fueron creadas y que se encuentren expresados en la ley o en los estatutos.

Parágrafo 2. Los presupuestos, planos y demás requisitos de orden técnico, así como el monto y correcto manejo de las inversiones, estarán bajo la supervigilancia y control, en su caso, de la sección de obras públicas municipales o de los alcaldes donde estas no funcionen, y de las contralorías departamentales.



Exp. 16.395

Actor: Sociedad de Mejoras y Ornato de Bogotá.

constituyen claramente un tributo, puesto que corresponden a "prestaciones comúnmente en dinero que el Estado exige en ejercicio de su poder de imperio sobre la base de la capacidad contributiva, en virtud de una ley y para cubrir los gastos que le demanda el cumplimiento de sus fines"⁶.

10.1. En el caso concreto, se puede verificar que los pagos referidos en las normas mencionadas comprenden todos los elementos mínimos que los califican como tributo, así: (i) el sujeto pasivo son las personas naturales y jurídicas, diferentes de las sociedades de mejoras, que realicen rifas; (ii) el hecho gravable consiste en la realización de las rifas; (iii) la base gravable son las ganancias que la rifa les reporta a tales personas; (iv) la tarifa asciende al 10% de las ganancias obtenidas⁶; (v) la fuente de la obligación correspondiente es la ley; (vi) el destinatario o beneficiario del tributo es la sociedad de mejoras públicas.

Parágrafo 3. La rifa debe repetirse hasta tanto la cosa rifada quede en poder del público. Queda prohibido a las sociedades de mejoras públicas comprar para sí el excedente de boletas que no hubiere sido colocado. Tampoco podrán adquirir boletas para la rifa de casas la Nación, los departamentos y los municipios.

Parágrafo 4. Para que las personas naturales o jurídicas, distintas a las Sociedades de Mejoras Públicas, puedan obtener las licencias correspondientes para efectuar las rifas de esta naturaleza, es indispensable que se sometan previamente a lo dispuesto en este artículo."

³ "Artículo 5. Para que las personas naturales o jurídicas a que se refiere el parágrafo 4 del artículo 3 de la Ley 58 de 1945 puedan efectuar rifas de casas, automóviles, mobiliarios, etc., o de cualquier objeto cuyo valor exceda el límite fijado por la ley, es indispensable que el respectivo Alcalde Municipal, al conceder los permisos, obtenga de los dueños o interesados en esas rifas una fianza que garantice el pago de un diez por ciento (10%) de las utilidades a favor de las Sociedades de Mejoras Públicas a que se refiere la Ley 58 de 1945.

Parágrafo 1º. Los Alcaldes Municipales no podrán conceder permisos a quienes violen o contravengan las disposiciones de este artículo".

⁴ Artículo 4º- Toda rifa no permanente o transitoria de bienes muebles o inmuebles o premios diferentes a dinero, deberá pagar los siguientes impuestos:

Al Municipio respectivo que otorgue el permiso:

1. Un 15% sobre la totalidad del Plan de Premios cuyo valor sea superior a \$1.000, de conformidad con el artículo 5º de la Ley 4ª de 1963.

2. Un 10% sobre el valor total de la emisión a precio de venta para el público, de conformidad con el artículo 7º de la Ley 69 de 1946.

Parágrafo.- Al mismo Municipio y para la correspondiente Sociedad de Mejoras Públicas, deberá pagarse un 10% adicional sobre el valor del porcentaje autorizado como utilidad para quien realizará la rifa, de conformidad con el artículo 5º de la Ley 33 de 1948."

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia del 13 de mayo de 2010, Radicación número: 76001-23-31-000-2007-00470-02, Actor: Julián Muriel Andrade, Consejero ponente: Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta.

⁶ La explicación correspondiente a la base gravable y la tarifa se presenta en los párrafos 12 y siguientes.

163⁹

Exp. 16.395

Actor: Sociedad de Mejoras y Ornato de Bogotá.

10.2. Dentro de las diferentes modalidades de tributos –tasa⁷, contribución⁸, pago parafiscal⁹, impuesto¹⁰–, huelga concluir a la Sala que el tributo al cual hace referencia el asunto *sub judice* es un impuesto, en razón a que la nomenclatura propia del Decreto Reglamentario 537 de 1974 así lo denomina expresamente. En tal sentido, los recursos obtenidos se incorporan al erario y, en condición de recursos públicos, solo es posible disponer de ellos con sujeción a las normas constitucionales y legales correspondientes.

V. Obligaciones de la entidad demandada de destinar a la Sociedad de Mejoras y Ornato de Bogotá el recaudo de los impuestos referidos en vigencia de la Constitución Política de 1991

⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Sentencia del 28 de enero de 2000. CP: Dr. Daniel Manrique Guzmán. Radicación: 25000-23-27-000-1998-0149-01-9723. La tasa ha sido entendida como una imposición y erogación *"que corresponde a la prestación concreta e individualizada de un servicio al usuario, dentro de un contexto de parcial equivalencia"*. Corte Constitucional. Sentencia C – 713 de 2008. MP: Dra. Clara Inés Vargas. Las tasas pueden entenderse como prestaciones pecuniarias o remuneraciones de los particulares por los servicios prestados por el Estado en desarrollo de su actividad, determinadas por las tarifas fijadas por las autoridades administrativas competentes, *"hacen parte del presupuesto, se someten a control fiscal, su cuantía es proporcional al costo del servicio y son administrados por el Estado."*

⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Sentencia del 28 de enero de 2000. CP: Dr. Daniel Manrique Guzmán. Radicación: 25000-23-27-000-1998-0149-01-9723. Las contribuciones se entienden como aquellas que *se originan "en beneficios individuales o grupales reportados por la realización de obras o gastos públicos o por especiales actividades de servicio del Estado y que se reflejan en una ventaja efectiva y mensurable para el beneficiario o usuario en términos monetarios."*

⁹ Corte Constitucional, Sentencia C – 713 de 2008. CP: Dra. Clara Inés Vargas. *"las contribuciones parafiscales son gravámenes obligatorios que no tienen el carácter de remuneración de un servicio prestado por el Estado, no afectan a todos los ciudadanos sino únicamente a un grupo económico determinado, tienen una destinación específica en cuanto se utilizan para el beneficio del sector económico que soporta el gravamen, no se someten a las normas de ejecución presupuestal y son administrados por órganos que hacen parte de ese mismo renglón económico."*

¹⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Sentencia del 28 de enero de 2000. CP: Dr. Daniel Manrique Guzmán. Radicación: 25000-23-27-000-1998-0149-01-9723. Esta Corporación ha definido el impuesto como un gravamen que surge *"unilateral, obligatoria y coactivamente del solo hecho de la sujeción del contribuyente o responsable a dicho poder de imposición sin contraprestación o equivalencia directa e individual"*. Corte Constitucional, Sentencias C-040 de 1993, MP. Ciro Angarita Barón, C-465 de 1993, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, C-545 de 1994, M.P. Fabio Morón Díaz, C-577 de 1995, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, C-1371 de 2000, M.P. Álvaro Tafur Galvis, C-1067 de 2002, M.P. Jaime Córdoba Triviño, C-776 de 2003, MP. Manuel José Cepeda, C-840 de 2003, MP. Clara Inés Vargas Hernández, C-1143 de 2003, M.P. Jaime Córdoba Triviño, C-226 de 2004, M.P. Clara Inés Vargas Hernández, C-1171 de 2005, M.P. Álvaro Tafur Galvis, C-927 de 2006, MP. Rodrigo Escobar Gil.



Exp. 16.395

Actor: Sociedad de Mejoras y Ornato de Bogotá.

11. La entidad demandada afirmó en la contestación del libelo y en el curso del proceso que las normas sobre las cuales la sociedad actora fundamenta sus pretensiones no son susceptibles de aplicación bajo el imperio de la Constitución Política de 1991, puesto que ésta última introdujo una serie de cambios importantes en todos los aspectos de la vida jurídica nacional, entre otros, la eliminación de los auxilios o donaciones por parte del Estado a los particulares.

11.1. El artículo 355 constitucional dispone en su inciso primero que *"las ramas u órganos del poder público"* no podrán *"decretar auxilios o donaciones en favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado"*; en el inciso segundo, indica que *"[E]l 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"* para *"impulsar programas y actividades de interés público"*.

11.2. El alcance de esta norma ha sido analizado por la Corte Constitucional¹¹ y por la Sección Tercera del Consejo de Estado, la cual precisó:

Se trata de una prohibición rotunda que no sólo se predica de los miembros de una y otra Cámara del Congreso de la República, sino que de manera amplia se extiende a todas las ramas y órganos del poder público, tanto en el nivel nacional como territorial, como una forma de erradicar cualquier tipo de corrupción en el manejo del erario.

El constituyente utilizó el vocablo genérico de "donaciones" de modo que involucrara cualquier intento de acatamiento apenas formal del precepto y un eventual esguince al mismo y así cobijar con esta expresión amplia cualquier práctica que se desviara del propósito constitucional de depuración de manejos espurios del erario.

¹¹ Corte Constitucional, Sentencia C-159 de 1998, *"El artículo 355 de la Constitución Política consagra dos conceptos intimamente relacionados pero conceptualmente diferentes: En primer lugar, una prohibición general en virtud de la cual, "ninguna de las ramas u órganos del poder público podrá decretar auxilios o donaciones en favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado"; y, en segundo término, una excepción, en virtud de la cual, se autoriza al Gobierno, en sus diferentes niveles, para financiar, con recursos de los respectivos presupuestos, programas y actividades "de interés público", acordes con los respectivos planes de desarrollo, cuya ejecución debe llevarse a cabo mediante contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad"*; en el mismo sentido, Corte Constitucional, Sentencia C-152 de 1999, M.P. Eduardo Cifuentes *"La Constitución Política, en términos generales, prohíbe que con fondos públicos las autoridades efectúen auxilios o donaciones en favor de personas naturales o jurídicas. La Carta, sin embargo, por vía excepcional, 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."*



Exp. 16.395

Actor: Sociedad de Mejoras y Ornato de Bogotá.

El precepto en cita precisó además el destinatario de esta prohibición categórica de auxilios o donaciones públicas: cualquier persona, sea esta natural o jurídica de derecho privado.

Ahora, establecida esta drástica regla el inciso segundo del precepto constitucional en comento autorizó una excepción que supone el cumplimiento de una serie de exigencias: i) **Modalidad asignación de recursos:** exige sistemas contractuales de asignación de los recursos, en orden a controlar el gasto público y así evitar que se desvíe a fines personales; ii) **Contratistas cualificados:** dichos contratos sólo pueden celebrarse con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad; iii) **Objeto o propósito de la asignación de los recursos:** servir al interés público; iv) **Sujeción a las normas de planeación:** Deben estar acordes con las prioridades establecidas en el Plan Nacional y en los Planes Seccionales de Desarrollo, lo cual implícitamente supone que los recursos para cumplir estos contratos deben estar en los presupuestos de las entidades públicas y territoriales y v) **Sujeción a la reglamentación:** Se habilitó por la Carta que el Gobierno Nacional reglamentara la materia mediante un decreto constitucional o autónomo (Decreto 777 de 1992, modificado por los Decretos 1403 de 1992 y 2459 de 1993)¹².

11.3. En atención a lo anterior, no es posible por mandato constitucional entregar recursos públicos a particulares, sin que medie un contrato dentro del marco estricto que fija el referido artículo 355. Debe considerarse, de acuerdo con lo expuesto en el párrafo 8.1, que la Sociedad de Mejoras y Ornato de Bogotá es una entidad "de carácter privado, sin ánimo de lucro" y que solo podría continuar recibiendo los auxilios o donaciones, esto es, cualquier recurso cuyo origen sea público –como los que provenían de los pagos prescritos en las Leyes 58 de 1945 y 33 de 1948 y el Decreto Reglamentario 537 de 1974– si se celebrare un contrato para tales efectos con el cumplimiento de todas las exigencias.

11.4. Los Decretos 777 de 1992, 1403 de 1992 y 2459 de 1993¹³ reglamentan el artículo constitucional y prescriben las exigencias de contratación bajo este régimen

¹² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 6 de marzo de 2008, referencia: 16.613, actor: Municipio de Manzanares- Caldas, C.P. Ruth Stella Correa.

¹³ Las normas reglamentarias comprenden diferentes particularidades, dentro de las cuales se puede referir que: el artículo 1 dispone que los contratos se celebrarán "con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad, con el propósito de impulsar programas y actividades de interés público, deberán constar por escrito y se sujetarán a los requisitos y formalidades que exige la ley para la contratación entre los particulares, salvo lo previsto en el presente Decreto y sin perjuicio de que puedan incluirse las cláusulas exorbitantes previstas por el Decreto 222 de 1983"; se indica también que en función de la cuantía, algunos de ellos habrán de publicarse en el Diario Oficial o en las gacetas de la correspondiente entidad territorial; el artículo 2 prescribe las exclusiones al ámbito de aplicación del decreto, el artículo 3 sujeta los contratos a los planes, programas y proyectos que



Exp. 16.395

Actor: Sociedad de Mejoras y Ornato de Bogotá.

especial, el cual es independiente del de la contratación estatal, que entonces correspondía al Decreto 222 de 1983.

11.5. La Sala considera necesario advertir que dentro del artículo 2 del Decreto 777 aparecen unas exclusiones a la aplicación de este régimen contractual especial¹⁴, lo cual no implica que las personas que se tipifican en aquellas hipótesis puedan recibir auxilios o donaciones en la misma forma como lo venían haciendo con anterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991. Una interpretación en

apruebe el Conpes; el artículo 4 señala que en los casos de algunas entidades se habrá de pedir autorización para la celebración del contrato; el artículo 5 refiere la obligación del contratista de constituir garantías; el artículo 6 indica que la verificación de la ejecución y cumplimiento de los contratos se hará a través de interventores; el artículo 7 precisa la necesidad de certificado de disponibilidad presupuestal con anterioridad a la celebración del contrato; el artículo 8 descarta vinculación laboral con los empleados del contratista; el artículo 9 indica cuáles son las incompatibilidades; el artículo 10 dice que las entidades sin ánimo de lucro que requieran licencia oficial deberán tenerla vigente; el artículo 11 ordena que los recursos públicos solo se podrán destinar para los gastos del contrato respectivo; el artículo 12 hace referencia a que las entidades sin ánimo de lucro deberán estar constituidas con al menos 6 meses de anterioridad a la celebración del contrato; el artículo 13 menciona que la duración de las entidades "no podrá ser inferior al término del contrato y un año más"; el artículo 14 habla del registro presupuestal y control fiscal; el artículo 15 consagra el derecho a favor del contratante de terminar unilateralmente el contrato; el artículo 16 precisa las sanciones remitiendo al Decreto 222 de 1983; y los artículos 17 y siguientes están relacionados con el "sector salud".

¹⁴ "Artículo 2o. Están excluidos del ámbito de aplicación del presente Decreto:

1. Los contratos que las entidades públicas celebren con personas privadas sin ánimo de lucro, cuando los mismos impliquen una contraprestación directa a favor de la entidad pública, y que por lo tanto podrían celebrarse con personas naturales o jurídicas privadas con ánimo de lucro, de acuerdo con las normas sobre contratación vigentes.

2. Las transferencias que se realizan con los recursos de los Presupuestos Nacional, Departamental, Distrital y Municipal a personas de derecho privado para que, en cumplimiento de un mandato legal, desarrollen funciones públicas o suministren servicios públicos cuya prestación esté a cargo del Estado de acuerdo con la Constitución Política y las normas que la desarrollan.

3. <Numeral subrogado por el artículo 2o. del Decreto 1403 de 1992. El nuevo texto es el siguiente:> Las apropiaciones presupuestales decretadas a favor de personas jurídicas creadas por varias entidades públicas, como son las cooperativas públicas, o de corporaciones y fundaciones de participación mixta en cuyos órganos directivos estén representadas entidades públicas en forma proporcional a sus aportes de acuerdo con las disposiciones estatutarias de la corporación o fundación.

4. Las transferencias que realiza el Estado a personas naturales en cumplimiento de las obligaciones de asistencia o subsidio previstas expresamente en la Constitución y especialmente de aquellas consagradas en los artículos 43, 44, 46, 51, 368, 13 transitorio y 46 transitorio de la misma.

5. <Numeral adicionado por el artículo 3o. del Decreto 1403 de 1992. El texto es el siguiente:> Los contratos que de acuerdo con la ley celebre la entidad pública con otras personas jurídicas, con el fin de que las mismas desarrollen un proyecto específico por cuenta de la entidad pública, de acuerdo con las precisas instrucciones que esta última les imparta".

Parágrafo. <Parágrafo adicionado por el artículo 3o. del Decreto 1403 de 1992. El texto es el siguiente:> Para efectos del presente Decreto se consideran entidades públicas, además de las otras previstas por la Constitución y la ley, a las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta sujetas al régimen de dichas empresas.



Exp. 16.395

Actor: Sociedad de Mejoras y Ornato de Bogotá.

sentido adverso representaría una contradicción abierta del reglamento con el artículo constitucional reglamentado y desvirtuaría lo ordenado por la norma superior al eliminar los auxilios o donaciones. Así, tales exclusiones están encaminadas a que no se aplique el régimen especial de contratación del Decreto 777, sino el de contratación estatal, como es el caso del numeral 1 del artículo 2¹⁵, o a que se privilegie a *"personas naturales en cumplimiento de las obligaciones de asistencia o subsidio previstas expresamente en la Constitución"*, como es el caso del numeral 4 del artículo 2.

11.6. En el asunto *sub judice* no se aportó al expediente contrato alguno que hubiera sido celebrado entre la Sociedad de Mejoras y Ornato de Bogotá y la entidad territorial, independientemente del régimen que para tales efectos se hubiere utilizado —el de la contratación estatal o el de la contratación especial del Decreto 777 de 1992—, ni se encontró razón jurídica alguna, para que se le continuaran entregando donaciones sin atención a las exigencias del inciso 2 del artículo 355.

11.7. En atención a lo anterior, la demandada no se encontraba obligada a continuar con la destinación del recaudo respectivo a favor de la sociedad accionante, puesto que el artículo 355 constitucional modificó, de conformidad con lo prescrito en la Ley 153 de 1887¹⁶, los términos en que originariamente había sido dispuesta por las

¹⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 15 de agosto de 2007, referencia: AP-19001-23-31-000-2005-00993-01, actor: Luis Alejandro Burbano Idrobo, C.P. Ruth Stella Correa. En esta providencia se dice que la consecuencia de la exclusión comprendida en el primer numeral del artículo 2 del Decreto 777, consiste en la aplicación del régimen general de contratación estatal, así: *"No incluir una contraprestación directa en favor de la entidad pública, pues, de lo contrario, debe celebrarse un contrato con personas naturales o jurídicas privadas con ánimo de lucro, de acuerdo con las normas sobre contratación vigentes"*

¹⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-14 del 21 de enero de 1993, M.P.: Ciro Angarita Barón:

"Pero con respecto a la legislación preexistente las exigencias del principio de seguridad jurídica y certidumbre se satisfacen de una manera diversa. En efecto, la regla dominante en este nuevo universo normativo reconoce que el tránsito constitucional no conlleva necesariamente la derogación de todas las normas expedidas durante la vigencia de la Constitución derogada. Por tanto, la legislación preexistente conserva toda su vigencia en la medida en que la nueva Constitución no establezca reglas diferentes."

"Lo anterior es también exigencia ineludible de la necesidad de evitar traumatismos que en algunos casos bien podrían conducir al caos del ordenamiento o, cuando menos, a una manifiesta incertidumbre acerca de la vigencia de sus normas."

"Puesto que por las razones aducidas, la regla general es la de la subsistencia de la legislación preexistente, la diferencia entre la nueva Constitución y la ley preexistente debe llegar al nivel de una incompatibilidad real, de una contradicción manifiesta e insuperable entre los contenidos"



Exp. 16.395

Actor: Sociedad de Mejoras y Ornato de Bogotá.

Leyes 58 de 1945 y 33 de 1948 y el Decreto Reglamentario 537 de 1974, aquella destinación especial de los recursos públicos y, en ese orden de ideas, no hubo omisión alguna imputable a la entidad demandada, ni falla del servicio por la cual pudiera ser declarada su responsabilidad, ni impuesta la correspondiente condena.

VI. Porcentaje de las rifas que correspondería a las sociedades de mejoras

12. No obstante que la conclusión precedente es suficiente para confirmar la sentencia y denegar las pretensiones de la demanda, la Sala considera conveniente hacer un análisis ulterior, para determinar, de conformidad con las normas invocadas por la demandante, cuál era el porcentaje sobre las rifas que tenía como destinataria a la Sociedad de Mejoras y Ornato de Bogotá y cuáles los efectos de tal indagación sobre las pretensiones de la demanda.

12.1. La parte demandante alegó ser titular del derecho a percibir el "10% del costo total de los bienes rifados" en Bogotá, a cuyo efecto invocó las leyes y el decreto que tantas veces se han mencionado. La Ley 58 de 1945 autorizó a las sociedades de mejoras públicas a rifar cada año hasta 4 casas y a que la utilidad por la rifa fuera hasta por un 10% del valor de la emisión de las boletas; en la norma se indica que "es indispensable que se sometan previamente a lo dispuesto en este artículo" aquellas personas naturales o jurídicas diferentes a las sociedades de mejoras que quieran obtener permisos para la realización de rifas de esta naturaleza. La Ley 33

de las proposiciones de la Carta con los de la ley preexistente. Por tanto, no basta una simple diferencia.

"Es esto lo que en forma clara y contundente consagra el texto del artículo 9o de la ley 153 de 1887, norma que ha resistido airoso el transcurso del tiempo y que resuelve problemas derivados de la vigencia de la Carta de 1991 sin contradecir su espíritu sino, muy por el contrario, de acuerdo con el mismo, tal como se desprende de su texto:

"La Constitución es ley reformativa y derogatoria de la legislación preexistente. Toda disposición legal anterior a la Constitución y que sea claramente contraria a su letra o a su espíritu, se desechará como insubsistente"(subraya la Corte).

"Es claro que la norma transcrita consagra también como principio general la subsistencia de la legislación preexistente. Ésta sólo desaparece del universo del ordenamiento cuando entre ella y la nueva Carta exista un grado de incompatibilidad tal que se traduzca en una abierta contradicción entre el contenido material o el espíritu de ambas normas.

"Todo lo anterior supone un análisis de profundidad realizado por el juez competente quien será, en últimas, el llamado a determinar la naturaleza y alcance de la contradicción. No toda diferencia, se repite, implica contradicción de la voluntad del Constituyente".



Exp. 16.395

Actor: Sociedad de Mejoras y Ornato de Bogotá.

de 1948 impuso a aquellas personas naturales o jurídicas diferentes de las sociedades de mejoras públicas que rifaran casas, automóviles, muebles u objetos que excedieran un cierto valor, la obligación de constituir una fianza para garantizar *"el pago de un diez por ciento (10%) de las utilidades a favor de las Sociedades de Mejoras Públicas"*. El Decreto 537 de 1974 señaló que las rifas no permanentes o transitorias de muebles o inmuebles debían pagar a título de impuesto al municipio y con destino a la sociedad de mejoras públicas *"un 10% adicional sobre el valor del porcentaje autorizado como utilidad"*.

12.2. La Sala observa que la Ley 33 de 1948 y el Decreto 537 de 1974 prescriben que el porcentaje que se debe pagar a favor de las sociedades de mejoras públicas asciende al 10% de la utilidad obtenida por la rifa y no al *"10% del costo total de los bienes rifados"*, como equivocadamente lo pretende la sociedad demandante.

12.3. El único texto que podría conducir a una interpretación diferente, por completo errada en opinión de la Sala, sería el artículo 3° de la Ley 58 de 1945 por su redacción ambigua y por sus evidentes lagunas. Así, precisa que *"el valor de la emisión de las boletas para cada rifa no podrá sobrepasar el costo total de la cosa rifada, más los gastos de administración y propaganda, que no podrán exceder de un veinte por ciento (20%) de la misma, y hasá un diez por ciento (10%) de utilidad para la respectiva Sociedad de Mejoras Públicas"* y en el párrafo 4 del mismo artículo ordena: *"Para que las personas naturales o jurídicas, distintas a las Sociedades de Mejoras Públicas, puedan obtener las licencias correspondientes para efectuar las rifas de esta naturaleza, es indispensable que se sometan previamente a lo dispuesto en este artículo."* No es posible entender que las personas diferentes a las sociedades de mejoras que efectúen rifas de esta naturaleza, paguen a favor de éstas últimas un 10% del valor de la boletería de sus correspondientes rifas, puesto que tal porcentaje está claramente dispuesto de acuerdo con el artículo 1° para las *"cuatro (4) rifas de casas higiénicas para trabajadores debidamente acondicionadas, en los barrios o sectores populares más aconsejables de las ciudades"* que realice directamente la sociedad de mejoras. Si bien es cierto que el párrafo 4 ordena que las personas diferentes a las sociedades de mejoras deben someterse a lo dispuesto



Exp. 16.395

Actor: Sociedad de Mejoras y Ornato de Bogotá.

en este artículo, no puede entenderse tal remisión con la interpretación *ab absurdo* de que deban renunciar a la totalidad de sus utilidades, puesto que eso sería lo que pasaría si le entregaran a la mencionada sociedad tal porcentaje, debido a que la norma solo autoriza hasta un 10% del valor de las boletas como utilidades.

12.4. En atención a que en las pretensiones de la demanda la Sociedad de Mejoras y Ornato de Bogotá pide que se condene a la entidad por una suma equivalente al "10% del costo total de los bienes rifados", la Sala concluye que tal pretensión no está llamada a prosperar de conformidad con el análisis que se acaba de presentar.

12.5. Es bien sabido que la naturaleza jurídica de la pretensión, como manifestación del demandante para que se vincule al demandado mediante una sentencia en determinado sentido y para ciertos efectos jurídicos concretos¹⁷, atribuye al actor la facultad, en ejercicio del principio dispositivo, de dirigir el proceso hacia un fin y de determinar el camino correspondiente; el juez, por su parte, en aplicación del principio de congruencia¹⁸, deberá estarse a ese camino, es decir a la *causa petendi* y al *petitum*, para la toma de la decisión final en el proceso, de suerte que si las pretensiones de la demanda no son acogidas por las autoridades judiciales, obviamente habrán de ser denegadas.

12.6. De otra parte, teniendo en cuenta que en el recurso de apelación la sociedad demandante, luego de insistir en la pretensión de condena por el "10% del costo total de los bienes rifados", dijo que "si en gracia de discusión fuese válida la interpretación que el 10% se toma de la utilidad, ha debido el Tribunal ejercer la potestad derivada del principio de la *iura novit curia*" para condenar por el monto correspondiente a su favor, la Sala advierte que tal petición habría debido incorporarse en el libelo introductorio como pretensión subsidiaria, para que fuere

¹⁷ H. DEVIS ECHANDÍA, *Nociones Generales del Derecho Procesal Civil*, Aguilar, Madrid, 1966, p. 216;

¹⁸ "Código de Procedimiento Civil, Artículo 305.- Congruencias. La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y con las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla, y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas su así lo exige la ley.

No podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda, ni por causa diferente a la invocada en ésta.

Si lo pedido por el demandante excede de lo probado, se le reconocerá solamente lo último."



Exp. 16.395

Actor: Sociedad de Mejoras y Ornato de Bogotá.

susceptible de estudio por parte de la Sala, puesto que en el recurso de apelación no es posible ampliar el campo de la litis a terrenos no cubiertos originariamente en el proceso. El principio que invoca el apelante ha sido aplicado en los juicios decididos por la jurisdicción contenciosa administrativa, iniciados en ejercicio de la acción de reparación directa, para adecuar el título de imputación de la responsabilidad del Estado, pero no así para condenar a las entidades estatales por pretensiones que jamás fueron formuladas por el actor.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 28 de enero de 1999 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, con base en los argumentos expuestos a lo largo de esta providencia.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Stella Conto Díaz del Castillo

Presidente

Ruth Stella Correa Palacio

Danilo Rojas Betancourth