

CONSULTA DE SENTENCIA - Niega pretensiones, no declara nulidad. Contrato de donación / CONTRATO DE DONACION - Niega pretensiones, no declara nulidad. Contrato de donación con gravamen, onerosa o remuneratoria: donación con gravamen del cincuenta por ciento, 50%, del valor de la enajenación de acciones / CONTRATO DE DONACION - Contrato de donación con gravamen, onerosa o remuneratoria. Caso donación de particular a entidad pública, Instituto Financiero de Boyacá Infiboy, respecto de acciones Acerías Paz del Río S.A

Tal como se desprende del texto de negocio y de las pruebas arrimadas al plenario, se advierte la existencia de un contrato de donación sometido a gravamen (Código Civil, artículo 1462), en tanto que, si bien Productividad transfirió a Infiboy la totalidad del paquete accionario de que era titular en Acerías Paz del Río, Infiboy último se comprometió a retornar al donante un monto igual al 50% del valor de enajenación de las acciones. La mencionada carga, sin embargo, tal como fue referido previamente (cfr. supra numeral II.5.1.), no tiene la virtualidad suficiente para desnaturalizar el contrato de donación, pues no suprime la condición necesaria del enriquecimiento y empobrecimiento correlativos y, por tanto, la causa gratuita que está en la base de la transacción. En efecto, podría afirmarse que, en último término, Productividad, a más de empobrecerse en punto de los réditos que su capital accionario le ofrecía, vio disminuido su patrimonio en el 50% respecto de las acciones que le pertenecían y que fueron objeto de donación. Por su parte, Infiboy vio incrementado su patrimonio, tanto en la utilidades percibidas por la titularidad de las acciones, cuanto en su valor, descontando el 50% a cuyo retorno se comprometió luego de la enajenación. La circunstancia previamente anotada no permitiría suponer la inexistencia del contrato de donación para, en su lugar, considerar la existencia de un contrato oneroso de intermediación (mandato), pues ello implicaría no verificar si en el caso particular fue celebrado un contrato de donación con gravamen regulado por nuestro ordenamiento jurídico y que, como se indicó, se configura en el presente evento, pues de los pactos contractuales examinados es evidente que resulta una ventaja para Infiboy, el que, se reitera, vio incrementado su patrimonio. La gratuidad del contrato de donación sub iudice, en consecuencia, no se vio afectada por el gravamen impuesto, pues éste último no corresponde a ninguna clase de contraprestación por la atribución patrimonial realizada por la donante. Así las cosas, no advierte la Sala la infracción de ninguna disposición relativa al mercado de valores y, en particular, de lo dispuesto en el artículo 1.2.5.3 de la Resolución 400 de 1995, en el que se regula la compraventa de acciones de una sociedad inscrita en bolsa y la necesidad de acudir a los mecanismos propios del mercado de valores para la celebración de tal tipo de negocio en supuesto específicos. (...) Por las circunstancias anotadas la Sala considera improcedente la declaratoria de nulidad efectuada por el a quo y, en consecuencia, se procederá a revocar el fallo consultado.

CONTRATO DE DONACION - Prohibición de transferencias de entes territoriales departamentales, distrital o municipal a empresas del sector de loterías, licor, prestadoras de salud y financieras. Artículo 14 de la Ley 617 de 2000 / NULIDAD ABSOLUTA - Niega nulidad. Caso donación de particular a entidad pública, Instituto Financiero de Boyacá Infiboy, respecto de acciones Acerías Paz del Río S.A / NULIDAD ABSOLUTA - Captación de recurso del público. Niega

Sobre el particular, la Sala considera que con el contrato de donación suscrito entre las partes no se infringe la prohibición contenida en la disposición transcrita, pues ella tiene como sujeto activo de la misma a las entidades públicas del sector

central de la administración pública territorial y, en el presente caso, actuó como donante una entidad sin ánimo de lucro que podría categorizarse como una entidad descentralizada indirecta, de aquellas reguladas por los artículos 49 y 96 de la Ley 489 de 1998, pues tal como se indicó en precedencia (cfr. supra numeral II.3.1.) su patrimonio es de origen tanto público como privado. Esta circunstancia, en principio, sería suficiente para descartar la aplicación de la disposición, no obstante lo cual, cree la Sala oportuno indicar que el Instituto Financiero de Boyacá, pese a lo que podría sugerir su denominación, no es una entidad de naturaleza financiera, en tanto que las disposiciones que regulan su actividad no la autorizan para la captación de recursos del público, elemento que es determinante para predicar que su objeto gire en torno de una actividad de intermediación y, por lo tanto, financiera. En sustento de la última de las afirmaciones realizadas, conviene anotar que el artículo 335 de la Constitución Política, en concordancia con lo previsto en la letra d), del número 19 del artículo 150 ibídem, señala que la actividad financiera cuyo control asume el Estado se refiere al manejo, aprovechamiento e inversión de recursos captados del público, actividad que, de acuerdo con el marco competencial asignado a los institutos de desarrollo y fomento territorial, no es la desarrollada por Infiboy. En este, sentido, en opinión que comparte la Sala, la Superintendencia Financiera de Colombia, ha advertido que si bien las entidades mencionadas –entre ellas Infiboy– pueden captar y colocar recursos de las entidades expresamente mencionadas en las normas que regulan sus competencias, ello lo que evidencia es que en estas operaciones no hay recibo de dineros del público, aspecto esencial para que se configure la intermediación. De acuerdo con lo anotado, entonces, la naturaleza jurídica de las partes del sub lite no se corresponde con aquella a las que hace mención la Ley 617 de 2000 y, por lo tanto, se reitera, mal podría considerarse transgredida la prohibición contenida en el artículo 14 ibídem y, consecuentemente, no se configuraría un supuesto de objeto ilícito por este concepto. Por las circunstancias anotadas la Sala considera improcedente la declaratoria de nulidad efectuada por el a quo y, en consecuencia, se procederá a revocar el fallo consultado.

FUENTE FORMAL: LEY 617 DE 2000 - ARTICULO 14

CONTRATO DE DONACION - Definición, noción, concepto

La donación ha de entenderse, por regla general, como un contrato unilateral, gratuito, irrevocable, de naturaleza recepticia, en el que participa el donante como único obligado en la relación y quien se desprende de parte de su patrimonio, por una parte, y, por la otra, el donatario quien, por lo general, no asume ningún tipo de obligación y percibe un incremento patrimonial correspondiente a la prestación a la que el donante se ha obligado.

FUENTE FORMAL: CODIGO CIVIL - ARTICULO 1443 / CODIGO CIVIL - ARTICULO 745

CONTRATO DE DONACION - Características: Unilateral, irrevocabilidad, recepticio

Es unilateral, por regla general, en tanto solo el donante se obliga para con el donatario, que no contrae obligación alguna; no obstante, excepcionalmente, el donatario puede quedar obligado cuandoquiera que la liberalidad va acompañada por cargas o gravámenes. Su gratuidad está determinada porque su efecto práctico se encamina a la utilidad de una de las partes, sufriendo la otra el gravamen. El contrato de donación, además, es irrevocable en tanto ello deriva de su naturaleza contractual y se opone a la revocabilidad propia de las asignaciones

testamentarias. El carácter recepticio anotado deviene, también, de su naturaleza contractual, pues el perfeccionamiento del contrato surge a partir de la confluencia de la voluntad de donante y donatario. Dado el carácter traslativo de la donación, debe advertirse que constituye, siempre, un acto de enajenación que ha de producir un enriquecimiento. (...) El empobrecimiento y enriquecimiento correlativos en el contrato de donación explica, también su causa y carácter gratuito, pues el traslado patrimonial solo puede explicarse bajo la tipología contractual si el donatario recibe un incremento en su patrimonio. Así por ejemplo, si la carga impuesta, desde el punto de vista cuantitativo, es igual o superior al monto de la prestación objeto de donación, no se estará ante tal figura jurídica. Podría afirmarse, entonces, que es de la esencia del contrato de donación el empobrecimiento y el enriquecimiento correlativos de las partes, pues ante la ausencia de tal característica, a contrariedad de la voluntad de las partes, el negocio no produciría efecto alguno o devendría en otra figura contractual (Código Civil, artículo 1501). En concordancia con lo expresado, el artículo 1455 ejusdem indica que no hay donación si habiendo por una parte disminución de patrimonio, no hay por otra aumento; como cuando se da para un objeto que consume el importe de la cosa donada, y de que el donatario no reporta ninguna ventaja apreciable en dinero.

FUENTE FORMAL: CODIGO CIVIL - ARTICULO 1455 / CODIGO CIVIL - ARTICULO 1501

CONTRATO DE DONACION - Clases: Donación universal o singular, donación sujeta a plazo o condición, donación con gravamen, onerosa o remuneratoria

En cuanto a las clases de donación, baste decir que, con sus particulares específicas, podrán ser a título universal o singular y, estas últimas, de bienes muebles, inmuebles, sujetas a plazo o condición, con gravamen, onerosas o remuneratorias.

CONTRATO DE DONACION - Donación con gravamen, onerosa o remuneratoria

En punto de la última de las clases referidas –donaciones con gravamen, onerosas o remuneratorias–, la Sala considera necesario advertir, por su pertinencia con el contrato objeto de la presente litis, que ella encuentra regulación específica en el estatuto civil colombiano (artículos 1461, 1462, 1463, 1490) y, en general, se refiere a la posibilidad de imponer al donatario una carga específica a su favor, del donante o de un tercero, sin que por ello pueda afirmarse la inexistencia real de la donación. Como se dejó dicho, surge como elemento esencial de la donación el empobrecimiento y el enriquecimiento correlativo, por manera que si la carga o el gravamen impuesto no contraría tal postulado, permanecería inalterada la causa de la gratuidad en la base de la relación, pues, en último término, la utilidad del negocio se refiere solo a una de sus partes; eso sí, en los eventos en que deba agotarse el requisito de la insinuación notarial (artículo 1458, ibídem), este tipo de donación no estaría sujeta a tal requisito sino con descuento del gravamen (artículo 1462 ejusdem). Tal como se dejó dicho en precedencia, además, la imposición de la carga haría devenir en bilateral la relación en tanto se presentan obligaciones en cabeza de cada una de las partes (Código Civil, artículo 1496), sin que por el negocio devenga en conmutativo, por manera que puedan verse las prestaciones como equivalentes (artículo 1498, ejusdem).

FUENTE FORMAL: CODIGO CIVIL - ARTICULO 1461 / CODIGO CIVIL - ARTICULO 1462 / CODIGO CIVIL - ARTICULO 1463 / CODIGO CIVIL - ARTICULO 1490

CONTRATACION ESTATAL - Contrato estatal. Autorización expresa para celebrar contratos según el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública / CONTRATO DE DONACION - Contratación estatal, contrato estatal. Autorización expresa en el Estatuto General de Contratación a entidad pública para celebrar contrato de donación en calidad de donataria, recibe donación / CONTRATO DE DONACION - Contratación estatal, contrato estatal. Restricción expresa constitucional para entidad pública en calidad de donante, entrega donación

En punto de la capacidad de las entidades públicas debe advertirse, preliminarmente, que por expresa disposición constitucional a propósito (artículos 4, 6 y 121 a 124, entre otros), la competencia de los servidores públicos y, por supuesto, de las entidades públicas es reglada y específica –no general– primando el principio de la especialidad. De esta manera se garantiza la previsión frente al comportamiento de los servidores y entidades públicas y el respeto por el principio de legalidad. Lo anterior no significa, sin embargo, que en materia contractual pública cada una de las operaciones que pueden ser adelantadas por una entidad deba ser autorizada particularmente por la ley. Para el caso del contrato de donación que ocupa la atención de la Sala no podría exigirse que para su celebración debiera existir una autorización, específica y previa, para cada entidad pública. Destaca la Sala que existe, en efecto, una autorización general, contenida en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública Nacional, de conformidad con la cual las entidades públicas, con el objeto de cumplir los altos fines estatales (artículo 3), y acudiendo a los contratos previstos en el ordenamiento civil o comercial (artículo 13), podrán adoptar las figuras contractuales que resulten pertinentes de conformidad con la autonomía de la voluntad que le es reconocida (artículo 32), garantizando que, en tales casos, se respeten los principios de transparencia, economía y responsabilidad. Huelga anotar que, de manera tangencial, la Ley 80 de 1993 se refiere a los contratos de donación, al señalar que en los mismos se prescindirá de la utilización de las cláusulas o estipulaciones excepcionales (parágrafo del artículo 14). Debe indicarse, adicionalmente, que en punto del contrato de donación sí existe una restricción expresa de orden constitucional (artículo 355 superior) en la que, de manera general, se limita la posibilidad para que las entidades públicas celebren contratos de donación en calidad de donantes, sin que ello pueda suponer que esa misma limitación se extiende a los contratos en los que actúe como donataria, pues ello reñiría con la manifestación expresa del constituyente y con los cánones de hermenéutica de disposiciones de naturaleza prohibitiva. (...) conviene mencionar que el Estatuto Orgánico del Presupuesto, previendo la celebración de contratos de donación, señala que los recursos obtenidos por virtud de tal tipo de negocio hacen parte del presupuesto de rentas (artículo 11 ejusdem) como recursos de capital (artículo 31 ibídem). Señala, también (artículo 33), que los recursos de asistencia o cooperación internacional de carácter no reembolsable se incorporan al presupuesto de rentas como donaciones de capital. En el artículo 34 advierte que en el caso de los establecimientos públicos, su presupuesto se identificará y clasificará por separado y dentro de los recursos de capital deberán incluirse las donaciones recibidas. Todo lo anterior, permite afirmar a la Sala que es posible la celebración de un contrato de donación en el que una entidad pública, de las mencionadas en el artículo 2 de la Ley 80 de 1993, actúe en calidad de donataria, sin que sea necesaria la existencia de una autorización legal específica y previa para el efecto, sin perjuicio, desde luego, del cumplimiento de

las condiciones generales fijadas en el Estatuto de Contratación. No ocurre lo mismo en el caso en que la entidad pública actúe en calidad de donante, pues en tal evento deberá considerarse la previsión contenida en el artículo 355 de la Constitución Política y atender las disposiciones que, directamente, regulan la materia (Decreto 777 de 1992).

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 355 / LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 3 / LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 13 / LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 14 PARAGRAFO / LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 32

CONTRATO DE DONACION - Insinuación notarial de donación: Requisitos / CONTRATO DE DONACION - Insinuación notarial de donación. Pruebas: valor comercial del bien, calidad de propietario del donante, recursos para congrua subsistencia del donante

En primer lugar conviene indicar que por virtud del Decreto 1712 de 1989, modificatorio del artículo 1458 del Código Civil, el legislador autorizó que el trámite relativo a la insinuación de la donación se adelantara ante notario público. Señaló, igualmente, los criterios que determinarían la necesidad de tal formalidad, la solemnidad mediante la cual debían otorgarse las donaciones y advirtió los presupuestos que tendría que reunir el acto que la contuviera. (...) Por otra parte, de acuerdo con lo previsto en el artículo 3º del mentado decreto, el instrumento público en el que se autorice la donación, además de los requisitos que le son propios y los exigidos por la ley, debe contener “la prueba fehaciente del valor comercial del bien, de la calidad de propietario del donante y de que éste conserva lo necesario para su congrua subsistencia”.

FUENTE FORMAL: DECRETO 1712 DE 1989 - ARTICULO 3

CONTRATO DE DONACION - Prueba de la insinuación notarial de donación / CONTRATO DE DONACION - Estimación de la cuantía. Prueba / CONTRATO DE DONACION - Caso donación de particular a entidad pública, Instituto Financiero de Boyacá Infiboy, respecto de acciones Acerías Paz del Río S.A

Concluye la Sala de lo indicado en precedencia que al no existir una exigencia legal de carácter mandatorio frente a la prueba específica para efectos de acreditar el monto del contrato de donación, no se requiere, tampoco, de una determinada calidad para elaborar la correspondiente estimación, por lo que aquella aportada para soportar el contrato de donación sub examine ofrece la suficiente verosimilitud, pues ni al momento de la celebración del contrato, ni en el decurso del presente trámite, se ha acreditado que lo manifestado en el documento aportado se aleje de la realidad material. De hecho, en relación con el valor de las acciones, a más de la certificación expedida por Audiconti Ltda., tal como se advirtió en precedencia, reposa en el expediente copia de una certificación de Acerías Paz del Río S.A. en la que se ratifica el valor de la acción para la época de la donación, el cual resulta coincidente con el demostrado en el trámite notarial (cfr. supra numeral II.3.3). (...) en cuanto refiere a los presupuestos del acto de insinuación y, particularmente, a la demostración de que luego de la donación Productividad conservaría el patrimonio suficiente para el normal desarrollo de sus actividades, advierte la Sala que, tratándose de personas jurídicas, la condición impuesta por el Decreto 1712 de 1989 en punto de la acreditación de que el donante conservaría lo suficiente para su congrua subsistencia, puede ser trasladada al caso de las personas jurídicas, toda vez que lo que con ello se pretende es evitar que actos de mera liberalidad puedan afectar negativa y gravemente al donante, al punto de llevarlo a situaciones indignas –en

el caso de personas naturales– o a la afectación del normal desarrollo del objeto para el cual fue constituida una persona jurídica. Adicionalmente, para el cumplimiento del requisito en comento también existe libertad de prueba y no sería exigible, por ejemplo, que la demostración tuviere que provenir del revisor fiscal, pues ello no se deriva ni del Decreto 1712 previamente citado, ni de las funciones generales del revisor fiscal previstas en la ley. En claro lo anterior, observa la Sala que la certificación aportada en el proceso de insinuación notarial da fe de que el patrimonio social no se vería afectado, al punto de entorpecer las actividades de Productividad. Así mismo, no existe en el proceso ningún medio de acreditación que de sustento a las afirmaciones de la demandada en cuanto a la difícil situación económica por la cual atravesó Productividad luego de la celebración del negocio.

CONTRATO DE DONACION - Capacidad de las partes. Capacidad del donante / CONTRATO DE CONCESION - Caso donación de particular a entidad pública, Instituto Financiero de Boyacá Infiboy, respecto de acciones Acerías Paz del Río S.A / CONTRATO DE DONACION - Capacidad de las partes, capacidad del donatario o quien recibe la donación: establecimiento de comercio, Instituto Financiero de Boyacá Infiboy

En relación con la ausencia de capacidad de Productividad alegada por la demandante, tal como lo afirmó el a quo y la vista fiscal de la segunda instancia, encuentra la Sala que al contrato de donación, así como al acto de insinuación ante el notario respectivo acudió su representante legal inscrito (cfr. supra numeral II.3.4) y debidamente autorizado por su junta directiva ((cfr. supra numerales II.3.2. y II.3.4), por lo cual ningún vicio se advierte que pudiere, en términos de validez, restarle eficacia al tanta veces referido contrato de donación. Cualquier otra circunstancia que pudiera, de alguna forma, viciar la capacidad del representante legal de la donataria podría dar lugar a la nulidad relativa del negocio, la que tendría que ser alegada expresamente para poder el juzgador entrar a evaluar su mérito, lo que en el presente caso no sucedió. (...) En punto de la capacidad de Instituto Financiero de Boyacá para la celebración del negocio, no se advierte dentro del material probatorio que reposa en el expediente ninguna limitación expresa para el efecto y, por el contrario, existen normas de orden superior que permiten considerar la plena capacidad de la mencionada entidad para acudir al perfeccionamiento del contrato de donación en la condición en que lo hizo. En efecto, tal como se señaló en precedencia, el Estatuto Orgánico del Presupuesto (Decreto 111 de 1996), en su artículo 34 (...) Resalta la Sala de la disposición transcrita, que resulta evidente que a los establecimientos públicos – naturaleza propia de Infiboy– les resulta posible dable celebrar contratos de donación y que el activo patrimonial que ello comporte deberá verse reflejado en su presupuesto (sic) (sic).

FUENTE FORMAL: LEY 38 DE 1989 - ARTICULO 32 / LEY 80 DE 1993 / LEY 179 DE 1994 - ARTICULO 14 / DECRETO 111 DE 1996 - ARTICULO 34

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION A

Consejero ponente: HERNAN ANDRADE RINCON

Bogotá, D.C., diez (10) de febrero de dos mil dieciséis (2016).

Radicación número: 15001-23-31-000-2003-00628-01(39538)

Actor: PROMOTORA DE MICROEMPRESAS DE BOYACA - PRODUCTIVIDAD

Demandado: INSTITUTO FINANCIERO DE BOYACA - INFIBOY

Referencia: ACCION DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES (CONSULTA DE SENTENCIA)

Procede la Sala a resolver el grado jurisdiccional de consulta respecto de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá, el 23 de junio de 2010, mediante la cual accedió, parcialmente, a las súplicas de la demandante.

En particular, en la providencia objeto de consulta se declaró la nulidad del contrato de donación suscrito por la Promotora de Microempresas de Boyacá “Productividad” y el Instituto Financiero de Boyacá “Infiboy”, contenido en la escritura pública 446 del 21 de marzo de 2001 de la Notaría Tercera del Círculo Notarial de Tunja y, en consecuencia, se ordenó, además de las cancelaciones de rigor, “...la restitución del paquete accionario de Acerías Paz del Río S.A. a ‘Productividad’”.

I. ANTECEDENTES PROCESALES

1. La demanda

El 21 de marzo de 2003 la Promotora de Microempresas de Boyacá – Productividad, por intermedio de apoderado judicial, presentó demanda ante el Tribunal Administrativo de Boyacá en contra del Instituto Financiero de Boyacá – Infiboy, en ejercicio de la acción de controversias contractuales consagrada en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo¹.

1.1. La actora deprecó las siguientes *declaraciones y condenas*:

“1º. Que se declare nulo el contrato de donación contenido en la escritura pública No. 446 del 21 de marzo de 2001, de la Notaría

¹ Folios 496 a 520 del cuaderno principal.

Tercera del Círculo de Tunja, suscrita por la PROMOTORA DE MICROEMPRESAS DE BOYACÁ PRODUCTIVIDAD, representada por su Director Ejecutivo, para ese entonces, señor JAIME MELÉNDEZ BOADA, quien actúa como ENTIDAD DONANTE, y el INSTITUTO FINANCIERO DE BOYACÁ 'INFIBOY', en su carácter de Establecimiento Público del Orden Departamental, representado por su Gerente, para ese entonces Doctor FABIO RAMÍREZ ZORRO, quien actúa como DONATARIO; por causa de indebida representación y ausencia de los requisitos legales esenciales que la ley determina para su validez.

"2º. Que como consecuencia de la declaración de nulidad anteriormente requerida, se rescinda el referido contrato y se ordene que las cosas vuelvan al estado en que se hallaban antes de su celebración, obligando a la demandada INSTITUTO FINANCIERO DE BOYACÁ 'INFIBOY' a restituir a la demandante PROMOTORA DE MICROEMPRESAS DE BOYACÁ 'PRODUCTIVIDAD', las TRES MIL DOSCIENTOS NOVENTA Y NUEVE MILLONES NOVECIENTOS CINCO MIL DOS (3.299.905.02) [sic] acciones nominativas en la sociedad ACERÍAS PAZ DEL RÍO S.A., que fueron objeto de la donación condicional, junto con el valor de los frutos civiles.

"3º.- Que se condene al INSTITUTO FINANCIERO DE BOYACÁ 'INFIBOY', a pagar a la PROMOTORA DE MICROEMPRESAS DE BOYACÁ 'PRODUCTIVIDAD' el valor de los perjuicios de orden material – daño emergente y lucro cesante- que le fueron ocasionados, los cuales ascienden, aproximadamente, a la suma de DOS MIL TRESCIENTOS CINCUENTA MILLONES SEISCIENTOS OCHENTA Y SEIS MIL NOVECIENTOS OCHENTA Y SIETE PESOS CON TREINTA Y UN CENTAVOS (\$2.350.686.987.31) o de conformidad con lo que resulte probado en el proceso; monto que ha de ser actualizado en su valor.

"4º.- Que se transcriba la parte resolutive de esta sentencia al señor Notario Tercero del Círculo de Tunja, a fin de que proceda a la cancelación de la escritura anteriormente mencionada; e igualmente a la Cámara de Comercio de Tunja con el objeto de que se proceda a la cancelación del registro de la referida escritura.

"5º.- A la sentencia que le ponga fin al proceso se le dará cumplimiento en los términos de los artículos 176 y 177 del C.C.A."

1.2. Como fundamentos fácticos de las pretensiones incoadas fueron expuestos los que la Sala resume, así:

1.2.1. Precisó el demandante que de conformidad con los estatutos de la Promotora de Microempresas de Boyacá, su patrimonio solo puede ser manejado y utilizado por los órganos estatutarios legítimos que la representen, con capacidad y legitimidad para obrar y debe ser aplicado para alcanzar los altos y exclusivos fines colectivos para los cuales fue constituida, por lo cual está prohibida su destinación parcial o total a fines diferentes. Análogamente –en

concepto de la demandante—, la entidad no puede traspasar sus bienes, fondos o rentas al patrimonio de una persona en calidad de distribución de utilidades, por lo que cualquier beneficio operacional, superávit o utilidad que llegare a obtener debe destinarse a incrementar el propio patrimonio y a mejorar y a ampliar los medios necesarios para el cumplimiento de su objeto. De lo anterior concluye que existe una prohibición estatutaria para traspasar los bienes de Productividad a cualquier título.

1.2.2. El 12 de marzo de 1998 el denominado “*Grupo Antioqueño*”, por intermedio de uno de sus representantes, manifestó al entonces Gobernador de Boyacá la decisión de ese grupo económico de donar el paquete accionario del que eran titulares en la siderúrgica Acerías Paz del Río S.A., para que, el producto de su enajenación fuera destinado a actividades académicas, solidarias o de desarrollo de Boyacá.

El 7 julio siguiente el Gobernador envió una comunicación a Productividad en la que le informó a su junta directiva que sería beneficiaria de la donación que realizaría el “*Grupo Antioqueño*”, no obstante precisó que los recursos obtenidos serían destinados, exclusivamente, a la creación de un fondo de formación de líderes de conformidad con los parámetros que fijaría el gobierno departamental.

Tal como consta en el acta número 40 del 9 y 10 de julio de 1998, la junta directiva de Productividad autorizó a su representante legal para adelantar los trámites pertinentes para recibir las acciones que serían objeto de donación, aquellos requeridos para su enajenación en la bolsa de valores y, con el producto de la venta de las acciones, la constitución y administración de un fondo destinado exclusivamente a la formación de líderes del departamento de Boyacá, de acuerdo con la reglamentación especial que debía elaborar en coordinación con la Gobernación de Boyacá.

En desarrollo de las autorizaciones otorgadas fueron celebrados varios contratos de donación, cuyo objeto tenía una destinación concreta y producto de unas facultades claramente delimitadas que le fueron otorgadas al representante legal de Productividad.

1.2.3. Tal como consta en las actas número 5 y 57 del 30 de noviembre y del 14 de diciembre, ambas de 2000, respectivamente, la asamblea general de asociados

de Productividad designó a los integrantes de la junta directiva, a los revisores fiscales principales y suplentes, y eligió al señor José Orlando Vargas Quintero como director ejecutivo. Las referidas actas fueron inscritas en la Cámara de Comercio de Tunja el 11 y el 18 de diciembre del citado año, bajo los registros 2900 y 2901.

La Cámara de Comercio de Tunja, mediante la Resolución 007 del 28 de febrero de 2001, revocó los registros antes mencionados, lo cual tuvo lugar –en concepto de la demandante– en forma unilateral, sin que mediara procedimiento administrativo alguno y a espaldas de los dignatarios elegidos por la asamblea general de asociados de Productividad.

La revocatoria de la Cámara de Comercio generó el restablecimiento de la junta directiva y del director ejecutivo que habían sido reemplazados en noviembre y diciembre del año 2000, con lo que se desconoció la voluntad de este órgano directivo.

Advirtió la demandante que mediante acción de tutela promovida por algunos asociados de Productividad contra la Cámara de Comercio de Tunja, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Boyacá, en sentencia del 30 de mayo de 2001, ordenó, como mecanismo transitorio para tutelar el derecho fundamental al debido proceso de los accionantes, suspender provisionalmente la Resolución 007 de 2001.

1.2.4. El 5 de marzo de 2001, tal como consta en el acta número 57, se reunió en forma extraordinaria la junta directiva restablecida por la decisión de la Cámara de Comercio de Tunja y encomendó, al también restablecido representante legal, la suscripción del instrumento público –demandado en el *sub lite*– contentivo de la donación condicional, gratuita e irrevocable de acciones nominativas de propiedad de Productividad en Acerías Paz del Río S.A. a favor del Infiboy, lo cual efectivamente ocurrió mediante el otorgamiento de la escritura pública número 446 del 21 de marzo de 2001, en la que se plasmó la voluntad del órgano de administración.

1.2.5. Según reza la demanda, la donación efectuada por Productividad desconoció la voluntad anterior del donante “*Grupo Antioqueño*”, la cual consta en las diferentes escrituras públicas otorgadas, conforme con la cual la donación

tenía una destinación específica, consistente en utilizar el valor de su venta en el fomento educativo. Igualmente, la donación a Infiboy desconoció la autorización otorgada al representante legal de Productividad por su junta directiva en las sesiones del 9 y 10 de julio de 1998, en las que se le autorizó para la venta de las acciones en la bolsa de valores y para aplicar el dinero recibido a proyectos específicos.

Por otra parte, afirmó la demandante que la donación afectó sustancial, grave e ilegalmente el patrimonio social de Productividad, lo que la puso al borde de una crisis financiera y en el prospecto de una liquidación obligatoria futura, por ausencia de recursos para desarrollar su objeto.

1.2.6. Para la demandante el contrato de donación protocolizado en la escritura pública 446 del 21 de marzo de 2001 incurrió en causales de nulidad relacionadas con la falta de capacidad de la junta directiva para disponer de más del 75% del patrimonio de la asociación al autorizar la donación, así como del representante legal que suscribió el contrato.

1.2.7. Por otra parte, en el negocio de donación quien dijo actuar en calidad de revisor fiscal para efectos de establecer el valor de las acciones no contaba con tal calidad de acuerdo con los certificados de existencia y representación legal expedidos por la Cámara de Comercio, en los que consta que quien cumplía con tal función, para dicha época, era José Gómez Acosta y no, como aparece en la escritura pública de donación, Audiconti Ltda., la cual había sido designada por la junta directiva que sesionó el 5 de marzo de 2001.

En opinión de la demandante, la designación de Audiconti Ltda. fue ilegal, ya que era a la asamblea general de asociados a quien le correspondía efectuar el nombramiento del revisor fiscal. Además, la irregular designación nunca fue registrada en la Cámara de Comercio, de lo cual deriva la demandante la incapacidad total de quien dijo ostentar la calidad de revisor fiscal.

1.2.8. En concepto del demandante el contrato de donación, además de ser nulo por incapacidad absoluta de las personas que concurrieron a su celebración y por tener objeto ilícito, incumplió con los requisitos legales contenidos en el artículo 15 de la Ley 29 de 1973, los artículos 1 y 3 del Decreto 1712 de 1989, 1 y 3 del

Decreto 2148 de 1983, 3 y 6 del Decreto 960 de 1970, y 5 y 6 del Decreto 1529 de 1990.

Adicionalmente, en concepto del demandante, con el negocio jurídico celebrado se infringió la Constitución Política (artículos 2, 6, 25, 83 y 124), pues Infiboy debió actuar de manera justa, imparcial y de buena fe, sin desconocer, como lo hizo, los fines del Estado y sin extralimitarse en el ejercicio de sus funciones; se vulneró la Ley 80 de 1993 en sus artículos 17, 18, 23 y 26 (numerales 1, 2 y 4), 28, 50 y 51, pues se apartó del postulado de la buena fe, igualdad, y equilibrio entre las prestaciones y derechos antes y durante la ejecución del contrato, y se alejó de los fines de la contratación y de la protección del contratista, so pretexto de salvaguardar erróneos e injustos intereses que hacen que incurra en responsabilidad patrimonial. Finalmente, advirtió la infracción de los artículos 1443 a 1493 y 1602 del Código Civil.

2. Actuación procesal de primera instancia

2.1. La demanda fue admitida mediante auto del 30 de marzo de 2005², en el cual se ordenó la notificación de la providencia a la demandada y al Ministerio Público, así como la fijación en lista del proceso por el término legal.

2.2. Dentro del término de fijación en lista la entidad pública demandada, mediante escrito presentado el 21 de marzo de 2006³, presentó la contestación de la demanda en la que aceptó algunos hechos y negó y precisó otros, se opuso a las pretensiones incoadas y presentó las siguientes consideraciones:

2.2.1. Representación en el contrato de donación: De acuerdo con el certificado de existencia y representación legal protocolizado junto con el contrato donación, quien representó a Productividad en este último acto era su director ejecutivo y, por lo tanto, de acuerdo con sus estatutos, la persona que podía obligarla al ostentar la calidad de representante legal y encontrarse facultado por su junta directiva para celebrar tal negocio jurídico, como consta en acta 57 del 5 de marzo de 2001.

² Folio 525 *loc. cit.*

³ Folios 532 a 544 *loc. cit.*

En relación con las afirmaciones de la demandante, relativas a la revocatoria de los registros de nombramiento de la junta directiva y del director ejecutivo realizada por la Cámara de Comercio de Tunja mediante la Resolución 007 del 28 de febrero de 2001, señaló que ello no influía en la autorización de la junta directiva para avalar la donación, ni tampoco impedía que el representante legal hubiera suscrito la escritura pública, pues quienes actuaron en la sesión de la junta del 5 de marzo de 2001 ostentaban las calidades necesarias para adoptar las decisiones relativas a la donación efectuada y para ejecutarlas.

Frente a la orden de tutela del 30 de mayo de 2001, por la cual se suspendió la vigencia de la Resolución 007 del 28 de agosto de 2001, indicó que no tenía incidencia en la validez de las decisiones y actuaciones adelantadas, pues tal providencia rigió hacia el futuro y, para la fecha de su vigencia, ya había sido suscrito el contrato de donación.

Finalmente, aseguró que, de acuerdo con los estatutos de Productividad y el certificado de existencia y representación legal protocolizado junto con el contrato de donación, se constataba que el representante legal de la sociedad no tenía ninguna limitación para el ejercicio de sus funciones, por lo que no requería autorización de ningún órgano social para llevar a cabo la operación efectuada.

2.2.2. Requisitos para la existencia o validez de la donación: Indicó que, de conformidad con los estatutos de la demandante, la capacidad de su representante legal no se encontraba limitada, por lo que era procedente la celebración del contrato de donación. Precisó que la afirmación de la demandante, derivada del parágrafo único del artículo 15 de los estatutos sociales, conforme con la cual no era posible transferir los bienes de Productividad a cualquier título, no se ajustaba a la verdad, pues lo que se señala en la mencionada estipulación es la imposibilidad para transferir bienes en calidad de distribución de utilidades, lo cual no se configuraba con la donación efectuada.

En concepto de Infiboy la transferencia de las acciones no estaba sujeta a ninguna autorización y tales valores no tenían limitación de dominio, amén de no encontrarse por fuera del comercio; el contrato de donación no estaba prohibido por la ley, ni tuvo causa ilícita y no era contrario al orden público, ni a las buenas costumbres. La donación se produjo para que Infiboy contribuyera al proceso de

reestructuración de pasivos de Acerías Paz del Río, y se condicionó a que, si las acciones eran enajenadas, le sería transferido a Productividad el 50% de tal venta.

En punto de las observaciones efectuadas por la demandante en relación con la calidad de revisor fiscal de quien suscribió la certificación en la que se daba fe del valor de los bienes dados en donación, Infiboy indicó que el artículo 3 del Decreto 1712 de 1989 no establecía que dicha certificación tuviera que provenir del revisor fiscal del donante. En cambio –en opinión de la accionada–, lo que sí se encuentra demostrado es que quien firmó el documento tenía la calidad de contador público y que, por lo tanto, lo acreditado por él correspondía a la prueba exigida por la ley.

Concluyó la demandada indicando que el concepto de la violación consignado en la demanda es general y de difícil identificación respecto de los hechos concretos que constituyen la nulidad que alega la actora.

2.3. Trabada en forma la *litis*, por auto del 1 de noviembre de 2006 se abrió el proceso a pruebas y se ordenó la práctica de las solicitadas por las partes⁴.

2.4. Concluido el término probatorio, con auto del 10 de marzo de 2010, se corrió traslado conjunto para alegar de conclusión⁵, oportunidad de la cual solo hizo uso la parte demandada⁶. La demandante y el Ministerio Público guardaron silencio.

La demandada reiteró los argumentos expuestos en su escrito de contestación. Concluyó que no se demostró a los largo del proceso la falta de representación alegada, ni la ausencia de alguna de las condiciones necesarias para la validez de la donación.

3. Sentencia consultada

El Tribunal Administrativo de Boyacá profirió sentencia el 23 de junio de 2010⁷, en la que, luego de reseñar el decurso procesal, las intervenciones de las partes, realizar un recuento de los medios de convicción allegados regularmente al

⁴ Folios 555-556 *loc. cit.*

⁵ Folio 646-677 *loc. cit.*

⁶ Folios 678-679 *loc. cit.*

⁷ Folios 682-718 *loc. cit.*

expediente procesal y presentar consideraciones en torno del asunto sustantivo del trámite, accedió parcialmente a las súplicas de la demanda.

Para efectos de arribar a la decisión adoptada, el *a quo* discurrió en los términos que pasa la Sala a sintetizar:

3.1. En primer lugar, se planteó el siguiente problema jurídico:

¿La ausencia de requisitos para designar el revisor fiscal y el incumplimiento de una donación condicional, constituyen fundamentos suficientes para declarar la nulidad absoluta del contrato por inobservancia de requisitos o formalidades señaladas en la ley?

3.2. A continuación el Tribunal presentó consideraciones relativas al contrato estatal y a su régimen jurídico y concluyó, fundado en sus apreciaciones, que el contrato de donación demandado en el *sub examine* era un contrato estatal sujeto a las normas del derecho privado, en tanto no existía una regulación especial.

3.3. Si bien desde el planteamiento mismo del problema jurídico el *a quo* desechó las alegaciones de la actora en relación con la capacidad del representante legal de Productividad para la suscripción del contrato de donación, afirmó, en desarrollo de su proceso argumentativo, que, de acuerdo con el material probatorio recaudado, quien fungía como representante legal de Productividad al momento de la suscripción del contrato de donación con Infiboy era el mismo que se encontraba registrado en la Cámara de Comercio de Tunja, por lo que ningún reproche podría realizarse por ese aspecto.

3.4. En cuanto a la certificación expedida por Audiconti Ltda., en calidad de revisor fiscal de Productividad, advirtió el Tribunal que la falta de registro de la designación de aquella en la Cámara de Comercio de Tunja no afectaba la validez de las actuaciones adelantadas, pues tal acto no pasa de ser un requisito de oponibilidad según las voces de los artículos 29 y 163 del Código de Comercio.

No obstante lo anterior, el Tribunal puso de presente que la designación de tal revisoría fiscal no se había ajustado ni a los estatutos ni a la ley, pues de acuerdo con lo establecido en el artículo 204 del Código de Comercio y en la letra g del artículo 23 de los estatutos sociales, el nombramiento del revisor fiscal de Productividad correspondía a la asamblea general de asociados, por manera que aquel realizado por otra instancia –en este caso por la junta directiva reunida en

sesión extraordinaria del 5 de marzo de 2001– carecía de validez y, por contera, los dictámenes que expida en tales condiciones carecen, también, de eficacia.

Para el Tribunal la certificación expedida por Audiconti Ltda., “...con el propósito de realizar la insinuación de la donación de que trata el artículo 3º del Decreto 1712 de 12989, resulta inválida, puesto que tal nombramiento no observó los elementos o requisitos esenciales establecidos por el ordenamiento jurídico”.

Señaló, además:

*“...para la respectiva donación es necesario que exista prueba fehaciente **donde se establezca claramente la insinuación de la donación.** En criterio de la Sala, **tal prueba debe ser expedida por el revisor fiscal,** toda vez que, es la persona que puede dar fe de los estados financieros de una empresa, los cuales se presumen auténticos, según lo consagra el artículo 39 de la Ley 222 de 1995 y el artículo 10 de la Ley 43 de 1990.”*

*“Como Audiconti Ltda. no acreditaba los requerimientos exigidos por la ley y los estatutos para ser revisor fiscal, **la insinuación de la donación que realizó tal firma no constituye prueba fehaciente para realizar la donación entre ‘Productividad’ y el ‘Infiboy’, la cual constituye elemento integrante para la celebración del referido contrato,** ello porque la insinuación es la solicitud de las partes que representa la voluntad conjunta para la transferencia de bienes del donante al donatario, de manera gratuita e irrevocable”. (Desataca la Sala).*

Teniendo en cuenta lo antes indicado, el Tribunal concluyó la necesidad de declarar la nulidad absoluta del contrato de donación, pues la insinuación de la donación certificada por Audiconti Ltda. no podría producir efecto alguno.

3.5. En cuanto a la naturaleza de la donación efectuada por el “Grupo Antioqueño” a favor de Productividad, se advirtió que estuvo condicionada a la realización de las acciones para que, con el producto de su venta, se ejecutaran programas de fomento educativo, lo cual, en consideración del Tribunal, se incumplió al donar las acciones a Infiboy, pues ello tuvo como finalidad expresa liderar la reactivación de la empresa Acerías Paz del Río S.A.

Para el *a quo*, en consecuencia, al cambiarse el destino de la donación de las acciones de Acerías Paz del Río S.A., que en principio se había realizado con el propósito de adelantar programas educativos –como se indicó–, se desconocieron las disposiciones que regulan la donación condicional, las cuales establecen,

claramente, la obligación del donatario de cumplir lo pactado en el contrato, lo que, para el Tribunal, supone la violación de los artículos 1460, 1483 y 1541 del Código Civil, “...preceptos de obligatoria observancia, porque sin duda alguna, las normas que se encargan de establecer condiciones especiales para los contratos son de derecho público y por ende de imperativo cumplimiento, por ende [sic], la Sala declarará la nulidad del contrato aludido”.

3.6. Al referirse puntualmente a la nulidad del contrato, advirtió que el actor no precisó la causal en la que fundamentó la nulidad deprecada, no obstante lo cual, con fundamento en el inciso 3 del artículo 87 del Código Contencioso Administrativo el Tribunal contaba con la facultad de declarar de oficio las nulidades absolutas advertidas, pues el vicio se encontraba demostrado, el contrato había sido invocado en el litigio y a este habían concurrido las partes o sus causahabientes.

Señaló que el contrato de donación adolecía de algunas formalidades requeridas para su existencia y había trasgredido normas que imperativamente debía atender, todo lo cual se concretaba en los asuntos precisados en los numerales I.3.4 y I.3.5. anteriores.

En cuanto a los efectos de la nulidad, consideró el Tribunal procedente la aplicación del artículo 1746 del Código Civil, conforme con el cual debía restituirse a las partes al mismo estado en el que se encontraban antes del acto o contrato, por lo que era necesaria la restitución de las acciones por parte de Infiboy a Productividad.

3.7. Abordó, finalmente, la procedencia de la indemnización de perjuicios a favor de la parte actora, para lo cual precisó que si bien Infiboy trasgredió con el contrato el ordenamiento legal, ello no era suficiente para condenarlo a una indemnización, pues los daños alegados por la actora no se acreditaron en el proceso.

4. Actuación procesal de segunda instancia

4.1. Delanteramente resulta menester indicar que si bien el término para la apelación de la sentencia de instancia transcurrió sin pronunciamiento alguno de

las partes, en oficio del 22 de julio 2010⁸ Infiboy solicitó otorgar el grado jurisdiccional de consulta, solicitud que fue coadyuvada por el Ministerio Público en escrito del día 23 de idénticos mes y año.

4.2. En auto del 2 de noviembre de 2010, previa verificación de las condiciones legales respectivas, la Corporación avocó el grado jurisdiccional de consulta y, además, ordenó correr traslado conjunto a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para que, si lo consideraba pertinente, rindiera concepto de fondo.

De esta oportunidad procesal hicieron uso los extremos de la *litis*, así como el Ministerio Público para ofrecer su vista fiscal.

4.3. La demandante, en escrito el 18 de noviembre de 2010⁹, presentó sus alegatos de conclusión, en los que solicitó la confirmación de la sentencia de primera instancia. Señaló, para tales efectos, que los fundamentos de la providencia consultada gozaban de una base jurídica suficiente para haber concluido la declaratoria de nulidad del contrato de donación y que las pruebas documentales que reposaban en el expediente demostraban que Audiconti Ltda. había actuado por fuera de los lineamientos legales y estatutarios, por lo que su actuación en el trámite de donación resultó ineficaz.

En cuanto al incumplimiento de la donación condicional advirtió la demandante que con la subsiguiente donación a Infiboy se trasgredió el artículo 1460 del Código Civil, pues se violó la voluntad del anterior donante y se infringieron las determinaciones de la junta directiva de Productividad, la que, en sesión extraordinaria del 9 y 10 de junio de 1998, había otorgado autorización al representante legal para enajenar, exclusivamente, en la bolsa de valores las acciones materia de donación.

4.4. Mediante escrito del 22 de noviembre de 2010¹⁰, Infiboy indicó que entre las mismas partes y por los mismos hechos existía una sentencia con efectos de cosa juzgada, proferida el 4 de noviembre de 2009 por la Corte Suprema de Justicia, la cual era contraria a lo decidido por el Tribunal Administrativo de Boyacá en la

⁸ Folios 722-724 *loc. cit.*

⁹ Folios 755-762 *loc. cit.*

¹⁰ Folios 770-780 *loc. cit.*

sentencia consultada, en relación con la cual señaló que las partes fueron, en calidad de demandantes, Manufacturas Ornamentales Empresa Unipersonal y Productoras de Alambres Limitada, ambas asociadas de Productividad y, como demandadas, la Promotora de Microempresas de Boyacá – Productividad y el Instituto Financiero de Boyacá – Infiboy.

La Corte Suprema de Justicia, en la sentencia aludida, decidió no casar la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja en la que se había declarado de oficio la excepción de ausencia de legitimación en la causa por activa.

De lo anterior infirió la demandada que el acta 57 de marzo 5 de 2001 de la junta directiva de Productividad y la escritura 446 del 21 de marzo de 2001 contentiva del contrato de donación –cuya nulidad se solicitó ante la jurisdicción ordinaria– tienen existencia plena, validez y eficacia jurídicas.

Así las cosas, la demandada solicitó, en aplicación del artículo 29 de la Constitución Política, dar aplicación al principio *non bis in ídem*, pues no podía entenderse que existían dos procesos por los mismos hechos, entre las mismas partes, con las mismas pruebas y sucedidos en el mismo tiempo, por manera que debía procederse a revocar la sentencia de primera instancia y, en su lugar, declarar “...lo pertinente respecto a la existencia, validez y eficacia de lo decidido por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja”. Advirtió, además, que la cosa juzgada comportaría una causal de revisión del fallo, conforme con lo dispuesto en el artículo 188, numeral 8 del Código Contencioso Administrativo.

4.5. Luego de solicitar el traslado especial de que trata el inciso 4 del artículo 184 del Código Contencioso Administrativo¹¹, el Ministerio Público, en escrito del 1 de diciembre de 2010, rindió su concepto, en el cual solicitó revocar la sentencia de primera instancia y, en su lugar, desestimar las pretensiones de la demanda. En sustento de sus conclusiones, la vista fiscal indicó, luego de resumir el decurso del trámite adelantado, lo siguiente:

¹¹ Folio 754 *loc. cit.*

4.5.1. En primer lugar, destacó que el contrato de donación celebrado es un contrato estatal regido por el derecho privado y las causales que harían procedente la declaratoria de su nulidad son las previstas en el derecho común y, además, en el artículo 44 de la Ley 80 de 1993.

4.5.2. En cuanto a los cargos invocados por la actora para la declaratoria de nulidad, indicó:

4.5.2.1. Indebida representación o ausencia de capacidad legal del director ejecutivo de Productividad para la suscripción del contrato de donación condicional. Sobre este asunto para el Ministerio Público la petición debe ser desestimada por “ausencia de prueba idónea y suficiente que la acredite”, pues el acta 57 de la junta directiva de Productividad no fue allegada al proceso. Los documentos soporte contentivos de la resolución No. 007, expedida por la Cámara de Comercio, por la que revocó el nombramiento del señor Vargas Quintero y el fallo de tutela que dispuso la suspensión provisional de tal acto, fueron aportadas en copia simple, lo que –consideró– impedía valorarlas.

Del certificado de existencia y representación legal de Productividad del 5 de marzo de 2001 –indicó el Ministerio Público– se infiere que para la fecha en la que se celebró la donación, quien fungía como representante legal era el señor Meléndez Boada, sin que en tal certificado se encuentren consignadas inscripciones posteriores de documentos referentes a reforma, disolución, liquidación o nombramiento de representantes legales de la expresada entidad.

4.5.2.2. Revisoría fiscal. Sobre este particular precisó el Agente del Ministerio Público que si bien la formalidad de registro del revisor fiscal en la Cámara de Comercio dota al nombramiento de publicidad u oponibilidad frente a terceros, también es cierto que la falta de registro no afecta la existencia y validez de las actividades por él realizadas.

En punto del nombramiento del revisor fiscal por un órgano diferente a la asamblea o junta de socios, observó el Ministerio Público que tal circunstancia no era suficiente para afectar la eficacia o validez del contrato de donación, pues, contrario a lo determinado por el Tribunal, la certificación expedida por Audiconti Ltda. en la que da cuenta del número de acciones que posee Productividad y su

valor, no puede equipararse a la insinuación de la donación ante notario de que trata el Decreto 1712 de 1989.

Con fundamento en pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia afirmó la vista fiscal que “...*mutatis mutandis* (...) *el contrato de donación celebrado entre Productividad e Infiboy cumplió a cabalidad con el requisito de la insinuación*”. En cuanto a la certificación suscrita por el contador Orlando Angarita Chaparro, advirtió que aunque no tiene válidamente la calidad de revisor fiscal no se tachó de falso el documento, ni se alegó ni probó que lo allí aseverado era contrario a la verdad.

Para la vista fiscal el contrato de donación cumplió con el trámite relativo a la insinuación, pues con él fueron protocolizados los documentos que para el Notario respectivo acreditaban la prueba fehaciente del cumplimiento de los requisitos.

4.5.2.3. Donación condicional. Advirtió el Agente del Ministerio Público que las escrituras públicas en las que se consignó la donación de las acciones a Productividad por parte del “*Grupo Antioqueño*”, no imponen al donatario ninguna condición especial; por el contrario, quien decide de manera libre y voluntaria darles una destinación específica es la misma donataria, sin que tal circunstancia pueda considerarse como una imposición del donante.

“En el caso concreto las afirmaciones de la actora no corresponden a la realidad, pues de la simple lectura de los contratos de donación que suscribieran empresas del Grupo Antioqueño (donante) con Productividad no se advierte que de parte de las primeras se hubiese impuesto alguna condición a la donataria, por tanto resulta imposible aceptar que la donación de las acciones que hicieron a Infiboy se encontrase sujeta a una condición a todas luces inexistente.”

Agregó a lo anterior que si en gracia de discusión se aceptara la existencia de una condición en el contrato de donación inicialmente celebrado entre el “*Grupo Antioqueño*” y Productividad, ello obligaría al donatario a cumplirla, pues en caso contrario lo único que se podría alegar sería la resolución del contrato por incumplimiento de la donataria, lo cual, de ninguna manera constituye causal de nulidad y menos de las establecidas en la Ley 80 de 1993.

I. CONSIDERACIONES

La Sala, al no encontrar causal de nulidad alguna que pueda invalidar lo actuado, procede a resolver el presente asunto sometido a su conocimiento.

Para efectos de lo anterior, en primer término se verificará **(1)** la competencia de la Corporación para conocer del *sub examine*, **(2)** estudiará algunos asuntos procesales previos, **(3)** pondrá de presente aquello que se encuentra demostrado dentro del proceso de relevancia para la decisión que será adoptada, **(4)** estudiará el fenómeno de la nulidad del negocio jurídico y, en particular, del contrato estatal, **(5)** realizará algunas precisiones en punto del contrato de donación y, finalmente, **(6)** descenderá al caso concreto.

1. Competencia

Calificada la acción ejercida por la demandante como de controversias contractuales, la Sala es competente para conocer del asunto en grado jurisdiccional de consulta.

De conformidad con lo previsto en el artículo 184 del Código Contencioso Administrativo (modificado por el artículo 57 de la Ley 446 de 1998), la consulta de sentencias proferidas en contra de entidades públicas requiere la concurrencia de los aspectos que se pasan a verificar:

1.1. Que se trate de sentencias proferidas en procesos que sean susceptibles de tramitarse en dos instancias.

La pretensión formulada en la demanda, para la fecha de su presentación, equivalía a 338.990 salarios mínimos legales mensuales vigentes, lo cual supera, suficientemente, el monto previsto para que el presente trámite sea pasible de la segunda instancia, esto es, 500 salarios mínimos legales mensuales vigentes, de conformidad con el artículo 129 del Código Contencioso Administrativo, en concordancia con el artículo 132 *ejusdem*.

1.2. Que en la sentencia se haya impuesto una condena en contra de una entidad estatal por cuantía superior a 300 salarios mínimos legales mensuales vigentes, o que haya sido proferida en contra de quien(es) hubiere(n) estado representado(s) por curador ad litem.

Se encuentra acreditado que el valor de las acciones cuya restitución fue ordenada en el fallo objeto de consulta ascendía, para la fecha de tal providencia, a \$125.396'390.076, valor superior a 300 salarios mínimos legales mensuales exigidos en la norma.

1.3. *Que no se haya apelado la condena.*

No aparece en el proceso documento alguno que permita inferir que las partes hubieren impugnado el fallo, como se anotó en precedencia, sin embargo, la demandada, coadyuvada por el Ministerio Público, solicitó conceder el grado jurisdiccional de consulta por cumplirse los requisitos de Ley.

Advertida la concurrencia de los elementos necesarios para agotar el grado jurisdiccional de consulta, para la Sala resulta importante precisar que éste se ha instituido a favor de las entidades públicas y con el objeto de precaver afectaciones a su patrimonio, por lo que, sobre tales supuestos, se edificarán las consideraciones de la Sala al abordar el caso en estudio. En efecto, en lo que sigue, la Sala se ocupará exclusivamente de verificar los aspectos que pudieran haber resultado contrarios a los intereses del Estado, pues es para tales efectos que fue instituido este grado jurisdiccional según las voces del artículo 184 del Código Contencioso Administrativo

No puede dejar de observarse, finalmente, que los estudios que serán adelantados, solo atenderán a la verificación de la legalidad del contrato de donación suscrito entre las partes demandante y demandada en el *sub lite* y, de ninguna manera, se referirán al contrato de donación celebrado entre las empresas del denominado “*Grupo Antioqueño*” y Productividad, más allá de su invocación como antecedente de la relación contractual objeto de esta *litis*.

2. Aspectos previos

2.1. Valor probatorio de la documentación aportada

La Sala encuentra que parte del material probatorio aportado regularmente al expediente procesal se encuentra en copia simple.

No obstante lo anterior, a pesar de no haberse dado cumplimiento a la ritualidad de autenticación de las copias presentadas, tal como lo previene el artículo 254 del Código de Procedimiento Civil –aplicable en virtud de la disposición integrativa contenida en el artículo 267 del Código Contencioso Administrativo–, esta Sala encuentra oportuno y necesario acoger, nuevamente, el criterio de la Sala Plena de la Sección Tercera que, en sentencia de unificación jurisprudencial, otorgó pleno valor probatorio a los documentos así aportados bajo precisas circunstancias, las cuales se pasarán a constatar en el caso en concreto¹².

En primer lugar, conviene prevenir que el trámite procesal, íntegro, ha gozado de un decurso pacífico en cuanto a los medios de convicción que reposan en el expediente respectivo.

En efecto, desde el escrito introductorio, hasta las alegaciones de conclusión de la segunda instancia, todos los intervinientes han debatido en torno de los documentos aportados, otorgándoles plena validez, cual si fueran los documentos auténticos; teniendo la oportunidad de tachar o controvertir su contenido no lo han hecho, en cambio, se han afirmado en lo que en ellos se expresa –al margen de las interpretaciones que convienen a sus particulares intereses de ataque o defensa–. Esta circunstancia particular ofrece al juzgador plena confianza en torno de la veracidad de los medios de convicción que integran el proceso y le impedirían hacer de lado el interés manifiesto, expresa o implícitamente, de las partes en su valoración.

Por otra parte, en consonancia con la sentencia de unificación, advierte la Sala que, en esta oportunidad, aquello que pretende ser probado mediante las copias simples aportadas no encuentra, legislativamente, cualificación específica en materia probatoria. Sin embargo, el documento de protocolización de la donación efectuada, dado su valor, fue aportado debidamente autenticado, por lo que goza de plena validez probatoria.

De acuerdo con lo anterior, la Sala, en aras de respetar el principio constitucional de la buena fe, así como el deber de lealtad procesal, reconocerá

¹² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Plena de la Sección Tercera, sentencia del 28 de agosto de 2013, expediente 25022, C.P. Enrique Gil Botero.

valor a la totalidad de la prueba documental que ha obrado a lo largo del proceso y que, surtidas las etapas de contradicción, no fue cuestionada, en su veracidad, por ninguno de los intervinientes.

2.2. Caducidad

No advierte la Sala que el fenómeno procesal de la caducidad se haya configurado en el *sub lite*, toda vez que, atendiendo a lo dispuesto en el numeral 10 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo –modificado por el artículo 44 de la Ley 446 de 1998–, vigente para la fecha de presentación de la demanda, la acción debió ser incoada dentro de los 2 años siguientes a la suscripción del contrato de donación, esto es, antes del 22 de marzo de 2003 y, tal como se indicó, la demanda fue presentada el 21 de marzo de esta última anualidad, por lo cual lo fue en término.

2.3. Cosa juzgada

En los alegatos de conclusión presentados en el grado jurisdiccional de consulta, la demandada puso de presente la existencia de un fallo proferido por la H. Corte Suprema de Justicia en el que –según dijo–, con la concurrencia de los mismos sujetos procesales del *sub lite* se dio término al conflicto otorgando plena validez a las actuaciones adelantadas, por lo cual se invocó el principio *non bis in ídem* y se requirió, consecuentemente, la revocatoria de la sentencia materia de consulta para, en su defecto, acoger las determinaciones del Alto Tribunal de la jurisdicción ordinaria.

Al respecto observa la Sala que, en efecto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, en sentencia del 4 de noviembre de 2009¹³ desató un recurso de casación interpuesto contra la sentencia del 4 de junio de 2008 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, dentro del proceso ordinario promovido por Manufacturas Ornamentales Empresa Unipersonal y Productora de Alambres Ltda. frente a la Promotora de Microempresas de Boyacá “Productividad” y el Instituto Financiero de Boyacá “Infiboy”.

Dentro de tal proceso las demandadas solicitaron la nulidad de la decisión que

¹³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 4 de noviembre de 2009, expediente 15001310300420010012701, M.P. Pedro Octavio Munar Cadena.

constaba en el acta 57 de la junta directiva de Productividad consistente en la autorización para la donación de las acciones de Acerías Paz del Río S.A. de las que aquélla era propietaria, así como del texto del convenio celebrado entre Productividad e Infiboy.

Como sustento fáctico se refiere en la providencia mencionada uno sustantivamente idéntico a la *causa petendi* que funda las pretensiones incoadas en el *sub examine*.

Una vez considerado el antecedente puesto de presente por la demandada, la Sala encuentra que tanto la decisión adoptada en sede de casación, como aquella de segunda instancia, por cuya virtud la eficacia del acto y del contrato demandados no sufrieron mella, no abordaron el asunto sustantivo de la *causa petendi* y, por lo mismo, al contrario de lo afirmado por la demandada, no se advierte cosa juzgada sobre el particular.

En efecto, por una parte, la decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja declaró la falta de legitimación, pues consideró que los socios no se encontraban legitimados para demandar las decisiones adoptadas por la junta directiva de la asociación y que, además, las sociedades demandadas no habían acreditado la calidad de asociadas de Productividad.

Por su parte, la H. Corte Suprema de Justicia, al estudiar los cargos formulados contra la sentencia del *ad quem*, advirtió que el casacionista no había atacado la totalidad de los argumentos que soportaban la decisión de segunda instancia pues, particularmente, omitió pronunciarse frente a una suerte de tarifa legal creada por el Tribunal para entender acreditada la calidad de asociado de una entidad como Productividad, en tanto consideró que ello sólo podía demostrarse con una certificación del revisor fiscal o el representante legal. Al omitir el reproche frente a tal argumento, consideró la Corte que no resultaba próspera la casación y, en consecuencia, mantuvo incólume la decisión de instancia.

De conformidad con lo anterior reitera la Sala que las decisiones antes advertidas no abordaron de fondo el asunto y, por lo tanto, no puede considerarse la existencia de una cosa juzgada. Consecuencialmente, el estudio de la presente *litis* en sede del grado jurisdiccional de consulta no vulneraría el principio *non bis in idem*.

3. Aspectos relevantes acreditados en el proceso

Precisada la posición de la Sala en punto de la prueba documental aportada y su valor como medio de acreditación en el *sub lite*, respecto de los hechos relevantes para adoptar la decisión que corresponda, se encuentra debidamente demostrado, lo que pasa a indicarse.

3.1. La Promotora de Microempresas de Boyacá – Productividad, de acuerdo con sus estatutos, “[e]s una Corporación de naturaleza civil de participación mixta, y como tal de carácter privado, sin ánimo de lucro, creada para el bien común...”, cuyo objeto es “...el desarrollo integral del ser humano. Propende por solucionar a las personas de bajos o ningún recurso económico, su limitación de ingresos mediante la obtención de recursos derivados del autoempleo, fomentando la transferencia de tecnología ambientalmente adecuada que contribuya a la modernización de las microempresas, para lo cual estimulará y apoyará la creación de nuevas unidades productivas”¹⁴.

Por su parte, se tiene acreditado que el Instituto Financiero de Boyacá – Infiboy, es entidad pública, cuya naturaleza jurídica corresponde a “un establecimiento público del orden departamental, descentralizado de fomento y desarrollo, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, creado mediante Ordenanza número 1238 de 1992.”¹⁵

3.2. Por indicación expresa del Gobernador del departamento de Boyacá el denominado “Grupo Antioqueño”, por intermedio de varias de sus empresas, donó a Productividad su participación accionaria en Acerías Paz del Río. En la mayor parte de los documentos contentivos del negocio jurídico referido, se encuentra una cláusula del siguiente tenor¹⁶:

“Que de acuerdo con la correspondencia que se protocoliza con el presente instrumento, la Donante ofreció la donación en cuestión a la Gobernación de Boyacá, y el Gobernador del mencionado departamento propuso como beneficiaria de la misma a la donataria [es decir, Productividad], la cual ha expresado que las acciones donadas serán enajenadas de conformidad con las normas legales aplicables y

¹⁴ Folio 237 del cuaderno principal.

¹⁵ Cfr. folios 3 y 639 a 641 *loc. cit.*

¹⁶ Cfr. El reverso de los folios 28, 37, 45, 59, 68, 79, 90, 98, 109, 117, 154 y 182 del cuaderno principal.

que el producto de dicha enajenación será destinado al fomento educativo”.

3.3. En reunión de la junta directiva de Productividad celebrada el 5 de marzo de 2001, tal como constan en el acta No. 57 de dicha fecha¹⁷ a la que asistieron representantes de la Gobernación de Boyacá, Alborautos Toyota, la Alcaldía de Tunja y Cobasec Ltda., se adoptó la decisión de donar al Instituto Financiero de Boyacá su participación accionaria en Acerías Paz del Río S.A. Así mismo, se indicó que la Gobernación de Boyacá se comprometería a asignar la suma de 500 millones de pesos a Productividad con el objeto de fomentar sus actividades sociales. Finalmente, ante la renuncia irrevocable del revisor fiscal se decidió nombrar provisionalmente a Audiconti Ltda.

La decisión de la donación se materializó mediante un contrato celebrado entre Productividad e Infiboy, también suscrito por el Gobernador de Boyacá¹⁸. En tal instrumento se indicó que el 50% del valor de la venta de las acciones que efectuara Infiboy sería cancelado a Productividad para adelantar un proceso de capacitación de líderes.

3.4. Mediante escritura pública 446 del 21 de marzo de 2001 se protocolizó el contrato mencionado en precedencia, junto con otros documentos. Se dejó constancia en tal escritura de la solicitud de autorización que pidieron las partes para llevar a cabo la donación condicional, gratuita e irrevocable de 3.299.905.002 acciones nominativas de Acerías Paz del Río S.A., respecto de lo cual consta, también, la autorización notarial, así:

“Analizada la solicitud presentada por los comparecientes se establece que no contravienen las disposiciones legales y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1 del decreto 1712 de 1989, el suscrito notario autoriza la donación en cuestión”.

Consta en la escritura pública que para acreditar el valor de las acciones objeto de donación y de la conservación por parte de la donante de activos suficientes para el normal desarrollo de su actividad social, se protocolizó una certificación del revisor fiscal en la que indicó el número de acciones a donar y su valor, la aprobación de la donación por la junta directiva en sesión del 5 de marzo de 2001

¹⁷ Folios 19-26 *loc. cit.*

¹⁸ Folios 452-453 *loc. cit.*

y que Productividad no presentaba causal de disolución luego del negocio jurídico, ni se afectaba la posibilidad de continuar adelantando su actividad social y, se advirtió, además, que las acciones donadas no formaban parte del objeto social de Productividad¹⁹.

A folio 383 del cuaderno principal, ratificando lo establecido en la certificación que se acaba de mencionar, reposa otra expedida por el Director de la Subdivisión de Títulos de Acerías Paz del Río S.A. el 28 de febrero de 2001, en la que se certificó que el último valor en bolsa de la acción era de \$0,50, lo cual resulta coincidente con el documento antes mencionado.

3.5. En el certificado de existencia y representación legal de Productividad del 5 de marzo de 2001²⁰, protocolizado junto con el contrato de donación, consta que el representante legal de dicha entidad es quien, en efecto, suscribe el contrato de donación y la escritura pública. Dentro de las atribuciones de tal representante se encuentra la de suscribir actos y contratos sujetos a los “...límites y condiciones establecidas por los estatutos, reglamentos y por la junta directiva”.

3.6. De acuerdo con los estatutos de Productividad, no le está permitido traspasar sus bienes, fondos y rentas al patrimonio de otra persona **en calidad de distribución de utilidades** (parágrafo de la cláusula 15)²¹, no obstante lo cual, no se consagró ninguna restricción para que tal disposición se haga a cualquier otro título.

En cuanto a las atribuciones de su junta directiva, la cláusula 31 de los referidos estatutos previno que la misma debía “...aprobar los actos y contratos cuya cuantía supere el monto que señale el reglamento expedido por la misma Junta”; no se encuentra evidencia dentro del expediente del reglamento referido, lo cual no obsta para tener por demostrada la capacidad de la junta directiva para autorizar la realización de actos o contratos a su director ejecutivo para el cumplimiento de los fines de la asociación, lo cual resulta concordante con las funciones a éste asignadas, en especial la prevista en el literal d) de la cláusula 37 *ibídem*²².

¹⁹ Folio 9 *loc. cit.*

²⁰ Folios 12-16 *loc. cit.*

²¹ Reverso del folio 239 *loc. cit.*

²² Reverso del folio 242 *loc. cit.* “Artículo 37. Funciones. El director ejecutivo de la Promotora tendrá las siguientes funciones:

4. Nulidad del contrato estatal

El fenómeno jurídico de la nulidad del contrato guarda estrecha relación con su recepción dentro del ordenamiento jurídico. En efecto, a éste último corresponde otorgar a la manifestación de voluntad de carácter contractual los efectos iniciales y finales que le son propios, pues, sin su acogimiento, la disposición particular sería vacua y no gozaría de la coerción (efecto inicial) pretendida por las partes y, en últimas, no se lograría la satisfacción de las necesidades buscadas. Para la mencionada recepción por el ordenamiento, el negocio jurídico habrá de observar los límites establecidos para el ejercicio de la autonomía de la voluntad, aquellos particulares del tipo negocial escogido y, en general, las normas imperativas o de orden público²³.

Así, por lo tanto, el ordenamiento acoge el acto dispositivo de intereses, lo valora, estima y de acuerdo con su mayor o menor ajuste respecto de los parámetros dispuestos, determina los efectos que generará; en tal proceso de valoración, por supuesto, el ordenamiento podrá disminuir e incluso frustrar cualquier tipo de efecto del pretendido negocio jurídico, en eventos en los que el mismo no se ajuste a los parámetros requeridos por el régimen que le es aplicable²⁴.

La nulidad, como se colige, es una sanción que comporta la ineficacia total o parcial del negocio por su desavenencia con los dictados imperativos del ordenamiento jurídico, por manera que comporta un castigo ante la conducta ilegítima de quienes concurren a su celebración. En este evento, en palabras de *Betti*²⁵ se presenta una *valoración negativa* del contrato que le impide la producción de los efectos queridos por las partes, restándole, por tanto, la eficacia propia a su naturaleza.

En punto de la nulidad, la Corporación ha señalado²⁶:

“(…)

“d) Suscribir los actos y contratos de la Promotora dentro de los límites y condiciones establecidos por los estatutos, reglamentos y por la junta directiva”.

²³ Hineyrosa, Fernando, “*Tratado de las Obligaciones*”, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 3ª Ed., 2007. págs. 41 y ss.

²⁴ Betti, Emilio, “*Teoría General del Negocio Jurídico*”, Editorial Comanares, 2000.

²⁵ *Ob. cit.* Pp. 404.

²⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 20 de febrero de 2014, expediente 27507. C.P. Danilo Rojas Betancourth.

“18. La nulidad constituye la sanción legalmente consagrada para aquellos eventos en los cuales el contrato se ha celebrado con el desconocimiento de requisitos y formalidades que el legislador ha considerado indispensables en su formación para hacerlos acreedores a la tutela y protección del ordenamiento jurídico o con vulneración de normas cuya observancia se impone al momento de su nacimiento y consiste en privar de sus efectos, total o parcialmente, al respectivo acto o contrato, como si nunca hubiera existido. La nulidad es total, cuando el vicio invalida el acto o negocio jurídico en toda su extensión o parcial, cuando el mismo sólo recae sobre parte del mismo, pudiendo subsistir las otras disposiciones que lo conforman; también puede ser relativa o absoluta, según la trascendencia de la norma vulnerada.”

Así las cosas, la nulidad pretende, principalmente, sustraer del mundo jurídico los actos o contratos que nazcan en contrariedad el ordenamiento jurídico y privarlos de sus efectos; en caso de haberlos producido, habrá de procurarse la restitución de las cosas al estado *ex ante*, siempre que, por supuesto, esto último sea materialmente posible (artículo 1746 del Código Civil).

Tal como lo ha señalado esta Sala²⁷, nuestro régimen jurídico se rige según la máxima de que no existe nulidad cuyo motivo no esté expresa y taxativamente consagrado por la ley con esta sanción. Así, el artículo 1502 del Código Civil, concordante con la legislación comercial y el estatuto general de contratación, señala que es nulo el contrato cuando no cumpla con los siguientes presupuestos: a) capacidad de las partes contratantes; b) licitud del objeto; c) licitud de la causa; d) consentimiento exento de vicios; y, e) algunas formalidades, *ad solemnitatem*, prescritas por el legislador por la naturaleza misma del contrato o por la calidad de las personas que lo celebran (artículo 1500 del Código Civil), pero de las que no se derive su existencia, es decir, con exclusión de las solemnidades *ad substantiam actus*.

En punto de las causales de nulidad del contrato estatal se tiene dicho:

“21. La Ley 80 de 1993 dispuso las causales de nulidad absoluta de los contratos estatales, entre las cuales se hallan las consagradas en las normas de derecho privado y además, las establecidas específicamente en el estatuto contractual (artículo 44), de tal manera que los vicios que afectan la validez del contrato y conducen a la declaratoria de nulidad absoluta del mismo, son: i) objeto ilícito, ii) causa ilícita, iii) omisión de las formas solemnes en su celebración, iv) incapacidad absoluta de uno de los contratantes (art. 1741, C.C.); v) cuando se contraría una norma

²⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 8 de marzo de 2007, expediente 15052. C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

imperativa, salvo que la ley disponga otra cosa (art. 899, C. de Co); la celebración del contrato vi) con personas incursas en causal de inhabilidad o incompatibilidad, vii) contra expresa prohibición constitucional o legal o viii) con desviación o abuso de poder, ix) la declaratoria de nulidad de los actos administrativos en que se fundamente el contrato y x) cuando se celebre el contrato con violación de los principios de reciprocidad y de preferencia de ofertas nacionales; la nulidad absoluta, que puede ser alegada por las partes, el agente del ministerio público o cualquier persona que acredite un interés directo (art. 32, L. 446 de 1998), puede ser declarada de oficio y no es susceptible de saneamiento por ratificación (art. 45, L. 80 de 1993); los demás vicios que se presenten en los contratos y que conforme al derecho común constituyen causal de nulidad relativa, pueden sanearse por ratificación expresa de los interesados o por el transcurso de 2 años contados a partir de la ocurrencia del hecho generador del vicio (art. 46, L. 80 de 1993)”²⁸.

Los contratos estatales serán nulos, entonces, no sólo en los eventos establecidos por el derecho común, sino, también, en aquellas circunstancias previstas por el estatuto de contratación estatal, sin que sea dable hacer alusión a las causales de nulidad virtuales²⁹, pues, como se anotó, en nuestro medio la causal de nulidad del acto o contrato debe estar previa y claramente dispuesta en la Ley.

5. Contrato de donación

5.1. Régimen normativo

El contrato de donación marcado por el sino de la liberalidad y, por lo mismo, de algún recelo en cuanto a sus fines y respecto a la integridad del patrimonio del donante³⁰, no ha gozado de una regulación normativa prolija que ofrezca claridad palmaria en cuanto a su concepto, contenido y alcance. En efecto, en primer lugar, el Código Civil ubica a la figura en su del Libro III (*De la sucesión por causa de muerte, y de las donaciones entre vivos*) y no, como hubiese sido pertinente,

²⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B. Sentencia del 20 de febrero de 2014. Expediente 23507. C.P. Danilo Rojas Betancourth.

²⁹ Lorenzetti, Ricardo Luis, “*Tratado de los Contratos*”. Parte General. Ed. Rubinzal-Culzoni. Buenos Aires 2004, pp. 550 y ss.

³⁰ Cfr. Mazeaud, Henri, León y Jean, “*Lecciones de Derecho Civil*”. Parte cuarta, Vol. III. “*La transmisión del patrimonio familiar (Continuación)*”. Trad. Luis Alcalá-Zamora y Castillo, Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1964, Pp. 407, quienes afirman: “*Todas las liberalidades le hacen correr algún peligro al patrimonio familiar. Por eso, el legislador las ha sometido a todas ellas a una reglamentación severa. Pero el peligro es particularmente grande cuando se trata de una donación. En efecto, mientras que los legados son revocables, de suerte que el disponente conserva la posibilidad de reflexionar, las donaciones son irrevocables, salvo por causas muy excepcionales; el donante se despoja para siempre; se trata de un acto definitivo*”.

dentro del Libro IV (*De las obligaciones en general y de los contratos*) en tanto, como se precisará, corresponde a una relación de tipo contractual.

Al momento de su conceptualización la donación corrió igual fortuna, pues el artículo 1443 del Código Civil la define como el acto por el cual una persona transfiere, gratuita e irrevocablemente, una parte de sus bienes a otra que la acepta³¹, lo que resulta de suyo impreciso, en tanto se está ante un verdadero contrato y no un mero acto³², pues a él no solo concurre la voluntad dispositiva de aquel que pretende desprenderse de parte de su patrimonio, sino que requiere, para su perfeccionamiento, la aceptación de quien recibirá el beneficio económico: donante y donatario han de participar en la formación del acto mediante el concurso de sus voluntades en torno de la prestación que constituye el objeto de la relación negocial. El contrato de donación, en últimas, constituirá el título traslativo del dominio, tal como lo previene el artículo 745 del Código Civil³³.

En términos generales, la donación ha de entenderse, por regla general, como un contrato unilateral, gratuito, irrevocable, de naturaleza recepticia, en el que participa el donante como único obligado en la relación y quien se desprende de parte de su patrimonio, por una parte, y, por la otra, el donatario quien, por lo general, no asume ningún tipo de obligación y percibe un incremento patrimonial correspondiente a la prestación a la que el donante se ha obligado.

Es *unilateral*, por regla general, en tanto solo el donante se obliga para con el donatario, que no contrae obligación alguna³⁴; no obstante, excepcionalmente, el donatario puede quedar obligado cuandoquiera que la liberalidad va acompañada por *cargas* o *gravámenes*³⁵. Su *gratuidad* está determinada porque su efecto práctico se encamina a la utilidad de una de las partes, sufriendo la otra el

³¹ Código Civil, artículo 1443.

³² Tal confusión proviene de la regulación propia del Código Civil Francés que, en su artículo 894 utiliza el concepto “acte”: “*La donation entre vifs est un acte par lequel le donateur se dépouille actuellement et irrévocablement de la chose donnée en faveur du donataire qui l'accepte*”. (Destaca la Sala)

³³ Código Civil, artículo 745: “Titulo traslativo de dominio. Para que valga la tradición se requiere un título traslativo de dominio, como el de venta, permuta, donación, etc.

“Se requiere, además, que el título sea válido respecto de la persona a quien se confiere. Así el título de donación irrevocable no transfiere el dominio entre cónyuges”.

³⁴ Código Civil, artículo 1496: “El contrato es unilateral cuando una de las partes se obliga para con otra que no contrae obligación alguna...”.

³⁵ “La carga es una obligación impuesta por el disponente al favorecido por una liberalidad –el gravado– que, de resultas de su aceptación, se encuentra sujeto a cumplir aquella”. Mazeaud, Henri, León y Jean, “Lecciones de Derecho Civil”.... Ob. cit., Pp. 353

gravamen³⁶. El contrato de donación, además, es *irrevocable* en tanto ello deriva de su naturaleza contractual y se opone a la revocabilidad propia de las asignaciones testamentarias. El carácter *recepticio* anotado deviene, también, de su naturaleza contractual, pues el perfeccionamiento del contrato surge a partir de la confluencia de la voluntad de donante y donatario.

Dado el carácter traslativo de la donación, debe advertirse que constituye, siempre, un acto de enajenación que ha de producir un enriquecimiento.

“Una persona puede enriquecer otro patrimonio, pero no habrá donación si no se produce un empobrecimiento en el patrimonio del donante y viceversa: alguien puede empobrecerse, pero si ese empobrecimiento o enajenación no causa un correlativo enriquecimiento en el patrimonio del donatario, tampoco hay donación”³⁷.

El empobrecimiento y enriquecimiento correlativos en el contrato de donación explica, también su causa y carácter gratuito, pues el traslado patrimonial solo puede explicarse bajo la tipología contractual si el donatario recibe un incremento en su patrimonio. Así por ejemplo, si la carga impuesta, desde el punto de vista cuantitativo, es igual o superior al monto de la prestación objeto de donación, no se estará ante tal figura jurídica. Podría afirmarse, entonces, que es de la esencia del contrato de donación el empobrecimiento y el enriquecimiento correlativos de las partes, pues ante la ausencia de tal característica, a contrariedad de la voluntad de las partes, el negocio no produciría efecto alguno o devendría en otra figura contractual (Código Civil ,artículo 1501)³⁸. En concordancia con lo expresado, el artículo 1455 *ejusdem* indica que *no hay donación si habiendo por una parte disminución de patrimonio, no hay por otra aumento; como cuando se da para un objeto que consume el importe de la cosa donada, y de que el donatario no reporta ninguna ventaja apreciable en dinero.*

En cuanto a las clases de donación, baste decir que, con sus particulares específicas, podrán ser a título universal o singular y, estas últimas, de bienes

³⁶ Artículo 1497, *ejusdem*.

³⁷ Valencia Zea, Arturo. “Derecho civil - De los contratos”. Tomo IV. 5ª Edición. Temis. Bogotá, 1980. Pp. 161.

³⁸ Valencia Zea, Arturo. “Derecho civil - De los contratos”... *ob. cit.*, Pp. 165, anota: “Por consiguiente no hay donación cuando el adquirente, a cambio de enriquecimiento, hace sacrificio igual a la ganancia que recibe, o cuando lo donado se da en gratificación de servicios”.

muebles, inmuebles, sujetas a plazo o condición, con gravamen, onerosas o remuneratorias³⁹.

En punto de la última de las clases referidas –donaciones con gravamen, onerosas o remuneratorias–⁴⁰, la Sala considera necesario advertir, por su pertinencia con el contrato objeto de la presente *litis*, que ella encuentra regulación específica en el estatuto civil colombiano (artículos 1461, 1462, 1463, 1490)⁴¹ y, en general, se refiere a la posibilidad de imponer al donatario una carga específica a su favor, del donante o de un tercero, sin que por ello pueda afirmarse la inexistencia real de la donación. Como se dejó dicho, surge como elemento esencial de la donación el empobrecimiento y el enriquecimiento correlativo, por manera que si la carga o el gravamen impuesto no contraría tal postulado, permanecería inalterada la causa de la gratuidad en la base de la relación, pues, en último término, la utilidad del negocio se refiere solo a una de sus partes; eso sí, en los eventos en que deba agotarse el requisito de la insinuación notarial (artículo 1458, *ibídem*), este tipo de donación *no estaría sujeta a tal requisito sino con descuento del gravamen* (artículo 1462 *ejusdem*).

Tal como se dejó dicho en precedencia, además, la imposición de la carga haría devenir en bilateral la relación en tanto se presentan obligaciones en cabeza de cada una de las partes (Código Civil, artículo 1496), sin que por el negocio devenga en conmutativo, por manera que puedan verse las prestaciones como equivalentes (artículo 1498, *ejusdem*).

5.2. Contrato de donación en la contratación estatal

En punto de la capacidad de las entidades públicas debe advertirse, preliminarmente, que por expresa disposición constitucional a propósito (artículos 4, 6 y 121 a 124, entre otros), la competencia de los servidores públicos y, por supuesto, de las entidades públicas es reglada y específica –no general– primando el principio de la especialidad. De esta manera se garantiza la previsión frente al comportamiento de los servidores y entidades públicas y el respeto por el principio de legalidad.

³⁹ *Ob. cit.*, Pp. 166 a 171.

⁴⁰ *Vid.* Anderson, Miriam, “*Las donaciones onerosas*”. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. *Fundacion beneficentia et peritia iuris*. Madrid. 2005.

⁴¹ Así como en otros de la región como los códigos civiles mexicano, argentino, uruguayo y chileno, así como en el Código Civil español, entre otros.

Lo anterior no significa, sin embargo, que en materia contractual pública cada una de las operaciones que pueden ser adelantadas por una entidad deba ser autorizada particularmente por la ley. Para el caso del contrato de donación que ocupa la atención de la Sala no podría exigirse que para su celebración debiera existir una autorización, específica y previa, para cada entidad pública. Destaca la Sala que existe, en efecto, una autorización general, contenida en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública Nacional, de conformidad con la cual las entidades públicas, con el objeto de cumplir los altos fines estatales (artículo 3), y acudiendo a los contratos previstos en el ordenamiento civil o comercial (artículo 13), podrán adoptar las figuras contractuales que resulten pertinentes de conformidad con la autonomía de la voluntad que le es reconocida (artículo 32), garantizando que, en tales casos, se respeten los principios de transparencia, economía y responsabilidad.

Huelga anotar que, de manera tangencial, la Ley 80 de 1993 se refiere a los contratos de donación, al señalar que en los mismos *se prescindirá de la utilización de las cláusulas o estipulaciones excepcionales* (parágrafo del artículo 14).

Debe indicarse, adicionalmente, que en punto del contrato de donación sí existe una restricción expresa de orden constitucional (artículo 355 superior) en la que, de manera general, se limita la posibilidad para que las entidades públicas celebren contratos de donación **en calidad de donantes**, sin que ello pueda suponer que esa misma limitación se extiende a los contratos en los que actúe como donataria, pues ello reñiría con la manifestación expresa del constituyente y con los cánones de hermenéutica de disposiciones de naturaleza prohibitiva.

Finalmente, conviene mencionar que el Estatuto Orgánico del Presupuesto, previendo la celebración de contratos de donación, señala que los recursos obtenidos por virtud de tal tipo de negocio hacen parte del presupuesto de rentas (artículo 11 *ejusdem*) como recursos de capital (artículo 31 *ibídem*). Señala, también (artículo 33), que los recursos de asistencia o cooperación internacional de carácter no reembolsable se incorporan al presupuesto de rentas como donaciones de capital. En el artículo 34 advierte que en el caso de los establecimientos públicos, su presupuesto se identificará y clasificará por

separado y dentro de los recursos de capital deberán incluirse las donaciones recibidas.

Todo lo anterior, permite afirmar a la Sala que es posible la celebración de un contrato de donación en el que una entidad pública, de las mencionadas en el artículo 2 de la Ley 80 de 1993, actúe en calidad de donataria, sin que sea necesaria la existencia de una autorización legal específica y previa para el efecto, sin perjuicio, desde luego, del cumplimiento de las condiciones generales fijadas en el Estatuto de Contratación. No ocurre lo mismo en el caso en que la entidad pública actúe en calidad de donante, pues en tal evento deberá considerarse la previsión contenida en el artículo 355 de la Constitución Política y atender las disposiciones que, directamente, regulan la materia (Decreto 777 de 1992).

6. Caso concreto

6.1. Cumplimiento de los requisitos de la insinuación notarial

En primer lugar conviene indicar que por virtud del Decreto 1712 de 1989, modificatorio del artículo 1458 del Código Civil, el legislador autorizó que el trámite relativo a la insinuación de la donación se adelantara ante notario público. Señaló, igualmente, los criterios que determinarían la necesidad de tal formalidad, la solemnidad mediante la cual debían otorgarse las donaciones y advirtió los presupuestos que tendría que reunir el acto que la contuviera⁴².

Tal como lo indicó la Corte Suprema de Justicia en la sentencia que se dejó en cita, *desde la vigencia del Decreto 1712 de 1989 le corresponde al notario autorizar, mediante escritura, las donaciones cuyo valor exceda la suma de cincuenta salarios mínimos mensuales legales vigentes, en aquellos eventos en que donante y donatario sean plenamente capaces, no contravengan ninguna disposición legal y lo soliciten de común acuerdo por medio de escrito presentado personal y conjuntamente ante el notario del domicilio del primero, como lo prescriben los artículos 1º y 2º.*

⁴² Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 14 de agosto de 2006, expediente 25269-31-03-001-2001-00029-01, M.P. César Julio Valencia Copete.

Por otra parte, de acuerdo con lo previsto en el artículo 3º del mentado decreto, el instrumento público en el que se autorice la donación, además de los requisitos que le son propios y los exigidos por la ley, debe contener “*la prueba fehaciente del valor comercial del bien, de la calidad de propietario del donante y de que éste conserva lo necesario para su congrua subsistencia*”.

La Sala, acompañando lo señalado por la vista fiscal, debe poner de presente que el a quo parece haber confundido el requisito, íntegro, de la insinuación notarial, con aquel otro de la acreditación fehaciente del valor de los bienes objeto de la donación. En aparte previamente transcrito de la providencia consultada, se indicó:

*“Como Audiconti Ltda. no acreditaba los requerimientos exigidos por la ley y los estatutos para ser revisor fiscal, **la insinuación de la donación que realizó tal firma no constituye prueba fehaciente para realizar la donación entre ‘Productividad’ y el ‘Infiboy’, la cual constituye elemento integrante para la celebración del referido contrato**, ello porque la insinuación es la solicitud de las partes que representa la voluntad conjunta para la transferencia de bienes del donante al donatario, de manera gratuita e irrevocable”. (Desataca la Sala).*

Tal confusión parece haber llevado al Tribunal a encontrar pretermitido, completamente, el requisito sustancial de la insinuación notarial, ante cuya ausencia, en efecto, el negocio habría incurrido en una evidente causal de nulidad que impondría negar la producción total de sus efectos, “...por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos” (artículo 1740 del Código Civil). Empero, como se indicó, tal razonamiento parte de una premisa equivocada y, por tanto, su conclusión también lo es.

En efecto, del material probatorio se evidencia que el Notario Tercero del Círculo Notarial de Tunja contó con la información que le permitió dar por acreditadas las condiciones que, de conformidad con el Decreto 1712 de 1989, eran menester para efectos de aprobar la insinuación ante él presentada para efectos de perfeccionar el contrato de donación, por manera que no podría indicarse que la insinuación requerida no hubiera tenido lugar y que, por lo mismo, el contrato adoleciera de nulidad.

En punto de la legitimidad, capacidad, competencia o habilitación de quien suscribió la certificación que permitió al Notario encontrar evidencia fehaciente respecto del valor de la donación, resulta pertinente observar que el Decreto 1712 de 1989 no establece una tarifa probatoria legal para tales propósitos, por lo que la afirmación del Tribunal en el sentido de que ello debería, necesariamente, realizarse por el revisor fiscal no goza de sustento normativo; estará a la libre apreciación del notario ante quien se concurra la determinación de si las pruebas aportadas con las cuales se busca dar fe del valor del negocio resultan suficientes o no para otorgar su autorización.

Concluye la Sala de lo indicado en precedencia que al no existir una exigencia legal de carácter mandatorio frente a la prueba específica para efectos de acreditar el monto del contrato de donación, no se requiere, tampoco, de una determinada calidad para elaborar la correspondiente estimación, por lo que aquella aportada para soportar el contrato de donación *sub examine* ofrece la suficiente verosimilitud, pues ni al momento de la celebración del contrato, ni en el decurso del presente trámite, se ha acreditado que lo manifestado en el documento aportado se aleje de la realidad material. De hecho, en relación con el valor de las acciones, a más de la certificación expedida por Audiconti Ltda., tal como se advirtió en precedencia, reposa en el expediente copia de una certificación de Acerías Paz del Río S.A. en la que se ratifica el valor de la acción para la época de la donación, el cual resulta coincidente con el demostrado en el trámite notarial (*cf. supra* numeral II.3.3).

Finalmente, en cuanto refiere a los presupuestos del acto de insinuación y, particularmente, a la demostración de que luego de la donación Productividad conservaría el patrimonio suficiente para el normal desarrollo de sus actividades, advierte la Sala que, tratándose de personas jurídicas, la condición impuesta por el Decreto 1712 de 1989 en punto de la acreditación de que el donante *conservaría lo suficiente para su congrua subsistencia*, puede ser trasladada al caso de las personas jurídicas, toda vez que lo que con ello se pretende es evitar que actos de mera liberalidad puedan afectar negativa y gravemente al donante, al punto de llevarlo a situaciones indignas –en el caso de personas naturales– o a la afectación del normal desarrollo del objeto para el cual fue constituida una persona jurídica. Adicionalmente, para el cumplimiento del requisito en comento también existe libertad de prueba y no sería exigible, por ejemplo, que la demostración tuviere que provenir del revisor fiscal, pues ello no se deriva ni del Decreto 1712

previamente citado, ni de las funciones generales del revisor fiscal previstas en la ley⁴³.

En claro lo anterior, observa la Sala que la certificación aportada en el proceso de insinuación notarial da fe de que el patrimonio social no se vería afectado, al punto de entorpecer las actividades de Productividad. Así mismo, no existe en el proceso ningún medio de acreditación que de sustento a las afirmaciones de la demandada en cuanto a la difícil situación económica por la cual atravesó Productividad luego de la celebración del negocio.

6.2. Capacidad de las partes para la celebración del contrato de donación

6.2.1. Capacidad de Productividad

En relación con la ausencia de capacidad de Productividad alegada por la demandante, tal como lo afirmó el *a quo* y la vista fiscal de la segunda instancia, encuentra la Sala que al contrato de donación, así como al acto de insinuación ante el notario respectivo acudió su representante legal inscrito (*cf. supra* numeral II.3.4) y debidamente autorizado por su junta directiva (*cf. supra* numerales II.3.2. y II.3.4), por lo cual ningún vicio se advierte que pudiere, en términos de validez, restarle eficacia al tanta veces referido contrato de donación. Cualquier otra circunstancia que pudiera, de alguna forma, viciar la capacidad del representante legal de la donataria podría dar lugar a la nulidad relativa del negocio, la que tendría que ser alegada expresamente para poder el juzgador entrar a evaluar su mérito, lo que en el presente caso no sucedió.

6.2.2. Capacidad de Infiboy

En punto de la capacidad de Instituto Financiero de Boyacá para la celebración del negocio, no se advierte dentro del material probatorio que reposa en el expediente ninguna limitación expresa para el efecto y, por el contrario, existen normas de orden superior que permiten considerar la plena capacidad de la mencionada entidad para acudir al perfeccionamiento del contrato de donación en la condición en que lo hizo. En efecto, tal como se señaló en precedencia, el Estatuto Orgánico del Presupuesto (Decreto 111 de 1996), en su artículo 34 dispone:

⁴³ Cfr. Código de Comercio, artículo 207.

“Artículo 34. Ingresos de los establecimientos públicos. En el Presupuesto de Rentas y Recursos de Capital se identificarán y clasificarán por separado las rentas y recursos de los establecimientos públicos. Para estos efectos entiéndase por:

“a) Rentas propias. Todos los ingresos corrientes de los establecimientos públicos, excluidos los aportes y transferencias de la Nación.

“b) Recursos de capital. Todos los recursos del crédito externo e interno con vencimiento mayor de un año, los recursos del balance, el diferencial cambiaria, los rendimientos por operaciones financieras y las donaciones (Ley 38/89, artículo 22, Ley 179/94, artículo 14)”.

Resalta la Sala de la disposición transcrita, que resulta evidente que a los establecimientos públicos –naturaleza propia de Infiboy– les resulta posible dable celebrar contratos de donación y que el activo patrimonial que ello comporte deberá verse reflejado en su presupuesto.

6.3. Otras circunstancias que podrían determinar la nulidad del contrato

6.3.1. La aparente condición impuesta por el “Grupo Antioqueño”

En relación con la nulidad derivada del incumplimiento de la condición establecida en la donación efectuada por el “Grupo Antioqueño” a Productividad, para la Sala se hace menester precisar dos aspectos, respecto de los cuales existe coincidencia, al igual que en el anterior evento, con la vista fiscal.

Por una parte, observados en detalle los instrumentos en los que se materializó la donación a Productividad, se encuentra que la referida condición no existe y, consecuentemente, la donación no goza de una naturaleza condicional, pues lo que se encuentra en los textos referidos (cfr. numeral II.3.2.) es una manifestación unilateral de Productividad, en la que señala que procederá a enajenar las acciones donadas y que con su producto realizaría actividades de fomento educativo, pero ello en ningún lugar se erige como una condición para la permanencia de la donación, so pena de aplicar la cláusula resolutoria. Se indica, en efecto, lo siguiente:

“Que de acuerdo con la correspondencia que se protocoliza con el presente instrumento, la Donante ofreció la donación en cuestión a la Gobernación de Boyacá, y el Gobernador del mencionado departamento propuso como beneficiaria de la misma a la donataria [es decir, Productividad], la cual ha expresado que las acciones donadas

*serán enajenadas de conformidad con las normas legales aplicables y que el producto de dicha enajenación será destinado al fomento educativo*⁴⁴.

Con lo referido en precedencia, deviene de manera diáfana que los incumplimientos normativos alegados por la actora y acogidos por el Tribunal no encuentran sustento en aquellos contratos de donación, por lo que las conclusiones a las que arribó en tal caso resultan incorrectas fáctica y jurídicamente.

Sin embargo, al margen de lo indicado, en el evento en que tal condición existiera y que con la donación efectuada a Infiboy tal condición se hubiera incumplido, ello no habría dado lugar, como equivocadamente lo concluyó el *a quo*, a la configuración de una causal de nulidad. En efecto, la desatención de la hipotética condición habría comportado un desapego de Productividad a los designios contractuales que vincularían su responsabilidad ante un tal incumplimiento y supondría la posibilidad de exigir, por parte del “Grupo Antioqueño”, la efectividad de la condición resolutoria del negocio.

Desde otro punto de vista, el incumplimiento de una condición en un negocio jurídico de donación no podría acarrear –pues así no está previsto en el ordenamiento jurídico– la nulidad de otro negocio independiente; no es esa la sanción prevista en el ordenamiento jurídico. Lo procedente en tal caso sería adelantar las acciones por quien se encuentre legitimado en la causa para hacer honrar el compromiso adquirido y no es ese el caso que se somete a estudio de esta Sala.

6.3.2. Nulidad por objeto ilícito

La Sala, advertido el objeto de la donación efectuada y la calidad de las partes involucradas, considera necesario referirse a la naturaleza jurídica del contrato celebrado para efectos de enervar posibles transgresiones de normas relativas al mercado de valores (6.3.2.1.) y, además de ello, a la naturaleza jurídica de las partes del contrato, lo cual permitirá superar inquietudes en punto de la infracción de disposiciones predicables de entidades del orden territorial (6.3.2.2.), y ello teniendo en cuenta la competencia del juez administrativo para declarar de oficio

⁴⁴ *Cfr.* El reverso de los folios 28, 37, 45, 59, 68, 79, 90, 98, 109, 117, 154 y 182 del cuaderno principal.

las nulidades absolutas que pueda advertir en el proceso, sin que para ello precise, evidentemente, de la petición de parte.

6.3.2.1. Naturaleza jurídica del contrato de donación celebrado entre Productividad e Infiboy

Tal como se desprende del texto de negocio y de las pruebas arrimadas al plenario, se advierte la existencia de un contrato de donación sometido a gravamen (Código Civil, artículo 1462), en tanto que, si bien Productividad transfirió a Infiboy la totalidad del paquete accionario de que era titular en Acerías Paz del Río, Infiboy último se comprometió a retornar al donante un monto igual al 50% del valor de enajenación de las acciones.

La mencionada carga, sin embargo, tal como fue referido previamente (*cf. supra* numeral II.5.1.), no tiene la virtualidad suficiente para desnaturalizar el contrato de donación, pues no suprime la condición necesaria del enriquecimiento y empobrecimiento correlativos y, por tanto, la causa gratuita que está en la base de la transacción.

En efecto, podría afirmarse que, en último término, Productividad, a más de empobrecerse en punto de los réditos que su capital accionario le ofrecía, vio disminuido su patrimonio en el 50% respecto de las acciones que le pertenecían y que fueron objeto de donación. Por su parte, Infiboy vio incrementado su patrimonio, tanto en la utilidades percibidas por la titularidad de las acciones, cuanto en su valor, descontando el 50% a cuyo retorno se comprometió luego de la enajenación.

La circunstancia previamente anotada no permitiría suponer la inexistencia del contrato de donación para, en su lugar, considerar la existencia de un contrato oneroso de intermediación (mandato), pues ello implicaría no verificar si en el caso particular fue celebrado un contrato de donación con gravamen regulado por nuestro ordenamiento jurídico y que, como se indicó, se configura en el presente evento, pues de los pactos contractuales examinados es evidente que resulta una ventaja para Infiboy, el que, se reitera, vio incrementado su patrimonio.

La gratuidad del contrato de donación *sub judice*, en consecuencia, no se vio afectada por el gravamen impuesto, pues éste último no corresponde a ninguna clase de contraprestación por la atribución patrimonial realizada por la donante.

Así las cosas, no advierte la Sala la infracción de ninguna disposición relativa al mercado de valores y, en particular, de lo dispuesto en el artículo 1.2.5.3 de la Resolución 400 de 1995, en el que se regula la compraventa de acciones de una sociedad inscrita en bolsa y la necesidad de acudir a los mecanismos propios del mercado de valores para la celebración de tal tipo de negocio en supuesto específicos⁴⁵.

6.3.2.2. Prohibición del artículo 14 de la Ley 617 de 2000

Dispone el artículo 14 de la Ley 617 de 2000:

*“Artículo 14.- Prohibición de transferencias y liquidación de empresas ineficientes. **Prohíbese al sector central departamental, distrital o municipal efectuar transferencias** a las empresas de licores, a las loterías, a las empresas prestadoras de servicios de salud y **a las instituciones de naturaleza financiera de propiedad de las entidades territoriales o con participación mayoritaria de ellas**, distintas de las ordenadas por la ley o de las necesarias para la constitución de ellas y efectuar aportes o créditos, directos o indirectos bajo cualquier modalidad”. Resalta la Sala*

Sobre el particular, la Sala considera que con el contrato de donación suscrito entre las partes no se infringe la prohibición contenida en la disposición transcrita, **pues ella tiene como sujeto activo de la misma a las entidades públicas del sector central de la administración pública territorial** y, en el presente caso, actuó como donante una entidad sin ánimo de lucro que podría categorizarse como una entidad descentralizada indirecta, de aquellas reguladas por los artículos 49 y 96 de la Ley 489 de 1998, pues tal como se indicó en precedencia (*cf. supra* numeral II.3.1.) su patrimonio es de origen tanto público como privado. Esta circunstancia, en principio, sería suficiente para descartar la aplicación de la disposición, no obstante lo cual, cree la Sala oportuno indicar que el Instituto Financiero de Boyacá, pese a lo que podría sugerir su denominación, no es una

⁴⁵ “Art. 1.2.5.3.- Modificado. Res. 134 de 2002, art 1º; Inciso 1º. Res. 207-1 de 2000, art. 1º, Compraventa de acciones de una sociedad inscrita en bolsa. Toda compraventa de acciones inscritas en una bolsa de valores, que represente un valor igual o superior al equivalente en pesos de sesenta y seis mil (66.000) unidades de valor real UVR, se deberá realizar obligatoriamente a través de los módulos o sistemas transaccionales de ésta”.

entidad de naturaleza financiera, en tanto que las disposiciones que regulan su actividad no la autorizan para la captación de recursos del público, elemento que es determinante para predicar que su objeto gire en torno de una actividad de intermediación y, por lo tanto, financiera.

En sustento de la última de las afirmaciones realizadas, conviene anotar que el artículo 335 de la Constitución Política, en concordancia con lo previsto en la letra d), del número 19 del artículo 150 *ibídem*, señala que la actividad financiera cuyo control asume el Estado se refiere al manejo, aprovechamiento e inversión **de recursos captados del público**, actividad que, de acuerdo con el marco competencial asignado a los institutos de desarrollo y fomento territorial, no es la desarrollada por Infiboy⁴⁶. En este, sentido, en opinión que comparte la Sala, la Superintendencia Financiera de Colombia, ha advertido que si bien las entidades mencionadas –entre ellas Infiboy– pueden captar y colocar recursos de las entidades expresamente mencionadas en las normas que regulan sus competencias⁴⁷, ello lo que evidencia es que en estas operaciones no hay recibo de dineros del público, aspecto esencial para que se configure la intermediación⁴⁸.

De acuerdo con lo anotado, entonces, la naturaleza jurídica de las partes del *sub lite* no se corresponde con aquella a las que hace mención la Ley 617 de 2000 y, por lo tanto, se reitera, mal podría considerarse transgredida la prohibición contenida en el artículo 14 *ibídem* y, consecuentemente, no se configuraría un supuesto de objeto ilícito por este concepto.

Por las circunstancias anotadas la Sala considera improcedente la declaratoria de nulidad efectuada por el *a quo* y, en consecuencia, se procederá a revocar el fallo consultado.

7. Costas del proceso

⁴⁶ Cfr. La Ley 510 de 1999, artículo 109; Decreto 755 de 2000 (modificado por los decretos 533 de 2001 y 2303 de 2004); Ley 795 de 2003, artículo 57; Ley 819 de 2003, artículo 17; y Decreto 1117 de 2013.

⁴⁷ Los entes territoriales de los que hacen parte, sus entidades descentralizadas, las organizaciones cooperativas creadas entre sí por los entes territoriales y sus entidades descentralizadas, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios y las entidades a que se refiere el decreto número 1333 de 1986, entre quienes quedará igualmente circunscrito el otorgamiento de préstamos.

⁴⁸ Superintendencia Financiera de Colombia, oficio 2003031485-1 del 14 de julio de 2003, tomado de: <https://www.superfinanciera.gov.co/SFCant/Normativa/Conceptos2008/2008003093.pdf>

Toda vez que para el momento en que se profiere este fallo, el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 indica que sólo hay lugar a la imposición de costas cuando alguna de las partes haya actuado temerariamente y, en el *sub lite*, debido a que ninguna procedió de esa forma, no habrá lugar a imponerlas.

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

F A L L A:

REVOCAR la sentencia proferida el 23 de junio de 2010 por el Tribunal Administrativo de Boyacá, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia y, en su lugar, se dispone:

PRIMERO.- NIÉGANSE las súplicas de la demanda.

SEGUNDO.- Sin condena en costas.

TERCERO.- Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Tribunal de origen para lo de su cargo.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

HERNÁN ANDRADE RINCÓN

MARTA NUBIA VELÁZQUEZ RICO

CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA