



## Función Pública

# Concepto Sala de Consulta C.E. 1592 de 2004 Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejeros Ponentes: Enrique José Arboleda Perdomo

Gustavo Aponte Santos

Bogotá, D.C., cuatro (4) de noviembre de dos mil cuatro (2004).

Radicación No. 1.592

Referencia: Cesión de baldíos urbanos a los municipios y distritos.

Alcance de la ley 137 de 1959. Finalidades de la cesión efectuada por la ley 388 de 1997. Planes de Ordenamiento Territorial, y su coordinación con las disposiciones de la ley 768 del 2002. Distinción entre el contrato de prestación de servicios, el mandato y el ejercicio de funciones administrativas por particulares.

El señor Ministro del Interior y de Justicia, doctor Sabas Pretelt de la Vega, a solicitud del Alcalde Mayor del Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias, formula consulta a la Sala sobre los efectos de las leyes 137 de 1959, 388 de 1997, 489 de 1998 y 768 de 2002, en cuanto a la cesión de baldíos nacionales al Distrito y la legalización de predios urbanos.

[Ver el Concepto de la Sec. General 76 de 2009](#)

### ANTECEDENTES

Refiere el señor Alcalde, en la carta dirigida al Ministro el 23 de marzo de 2004, la cual se adjuntó a la consulta, que el 25 de julio y 1o. de agosto de 2003, el Distrito de Cartagena celebró sendos contratos de prestación de servicios con dos abogados, los cuales tienen por objeto "la realización de actividades de identificación, recuperación y titulación de los predios que por virtud de la ley 388/97 le pertenezcan al Distrito con excepción de la denominada zona norte y comprende estudios jurídicos y técnicos, informes, consultas, acciones legales a través de demandas, atención de demandas y otros, labores de titulación de predios y bajo su cuenta y riesgo la escrituración de tales predios".

Agrega que los honorarios pactados equivalen al 6% del respectivo avalúo que se pagará cuando el Distrito enajene el inmueble o decida reservárselo.

Expresa la preocupación de su administración, en torno a la legalidad de tales contratos, por la posibilidad de que vulneren "lo dispuesto por la ley 137/59, denominada Ley Tocaima y su decreto reglamentario 3313/65 sobre cesión de bienes baldíos nacionales a favor de municipios y distritos, la ley 388/97 sobre ordenamiento territorial, la ley 768/02 reglamentaria de los distritos, y la ley 489/98 en lo que reglamenta la cesión de funciones administrativas a los particulares".

Formula la consulta en cuatro capítulos de interrogantes, con la cita previa de las disposiciones cuya interpretación o aplicación genera las dudas, los que se transcriben así:

1. Sobre la ley 137 de 1959 y su decreto reglamentario 3313 de 1965:

1.1. ¿Por el solo ministerio de la ley e independientemente de que se solicitara la venta de los solares por los propietarios de las mejoras dentro de los dos años siguientes a la vigencia de la ley, los municipios adquirieron la propiedad de los baldíos nacionales?

1.2. Las disposiciones de la Ley Tocaima que establecieron la cesión de la propiedad de los baldíos nacionales a los municipios, con la condición de transferirlos a los propietarios de mejoras (Art. 3º), que propusieron comprar los respectivos solares dentro de los dos años contados a partir de la vigencia de la ley (Art. 4º), ¿significan que la vigencia de la ley fue de dos años y que si no se cumplieron las condiciones anteriores, la cesión de la propiedad de los baldíos no se produjo y ésta quedó radicada en la Nación?

2. Sobre el artículo 123 de la ley 388 de 1997:

2.1. Con la sola entrada en vigencia de la ley 388 de 1997, los municipios y distritos pasan a ser propietarios de los baldíos nacionales que se

encuentren en suelo urbano?

2.2. El artículo 123 citado al disponer que los baldíos urbanos pertenecerán a los municipios y distritos "de conformidad con lo dispuesto en la ley 137 de 1959", le da vigencia nuevamente a la citada ley y a su reglamento?

2.3. En caso afirmativo, ¿Se produce la cesión de los baldíos al Distrito y por ende puede considerarlos de su propiedad sólo cuando se cumplan las condiciones previstas por la ley 137 de 1959 consistentes en que previamente se hayan construido mejoras sobre los baldíos y que estos se destinen exclusivamente a la venta a los propietarios de estas que lo soliciten dentro de los dos años siguientes?

2.4. Si la ley 388 de 1997 permite que los municipios y distritos accedan a la propiedad de los baldíos urbanos "de conformidad con lo dispuesto en la ley 137 de 1959", quiere decir ello que las entidades territoriales sólo pueden vender tales inmuebles a los propietarios de mejoras dentro de los dos años siguientes a su vigencia?

2.5. De acuerdo con lo previsto en la ley 137 de 1959, su decreto reglamentario y la ley 388 de 1997, la posibilidad de vender los baldíos urbanos está sujeta a que se destinen a la solución del problema de falta de vivienda en un máximo de 2000 metros cuadrados (parágrafo 1° del artículo 4° del decreto 3313/65), o por el contrario es legal venderlos a personas que los destinen a fines distintos y en cantidades indeterminadas?

3. Sobre la ley 768 de 2002:

3.1. En el evento de que en los bienes baldíos nacionales concorra la calidad de recurso turístico, ¿Debe el Distrito subordinar cualquier actividad urbanística relacionada con la identificación, calificación o enajenación de esta clase de bienes a las condiciones, requisitos, regulaciones, procedimientos, controles, políticas, programas y proyectos de que trata la ley 388 de 1997?

4. Sobre la ley 489 de 1998:

4.1. A la luz de las normas transcritas (se refiere a los artículos 8° de la ley 388/97, 110 y 111 de la ley 489/98, y 541 y 546 del decreto del Distrito de Cartagena No. 977 de 2001), constituyen las actividades relacionadas en el objeto de los contratos de la referencia (identificación física de baldíos, su delimitación, integración al catastro, titulación y enajenación, entre otras) funciones administrativas?

4.2. En caso afirmativo, le está vedado al Distrito celebrar este tipo de contratos sin que se cumplan las condiciones, requisitos y procedimientos de que tratan los artículos 110 y 111 de la Ley 489 de 1998, entre otros?

#### CONSIDERACIONES

Con el fin de absolver los interrogantes formulados, procede la Sala a (i) determinar el alcance de la cesión de los bienes baldíos nacionales a favor de los municipios prevista en la ley 137 de 1959; (ii) definir la aplicación de la ley 388 de 1997 respecto de la transferencia de los bienes baldíos urbanos a los municipios y distritos; (iii) estudiar las consecuencias de la calificación de bienes baldíos como recursos turísticos, y (iv) analizar si (conforme con la información entregada a la Sala) el objeto de los contratos de prestación de servicios relacionados en la consulta corresponde al ejercicio de funciones administrativas por particulares.

1º.) La cesión de baldíos urbanos nacionales a los municipios establecida en la ley 137 de 1959.

En vigencia de la Constitución de 1886, el Congreso expidió la ley 137 del 24 de diciembre de 1959, "*Por la cual se ceden derechos de la Nación al Municipio de Tocaima, y se dictan otras disposiciones*", de la cual se transcriben sus principales reglas, a saber:

"Artículo 1º.- Se presume que no han salido del patrimonio nacional y que son de propiedad del Estado, los terrenos que constituyen la zona urbana del Municipio de Tocaima, en el Departamento de Cundinamarca, comprendidos dentro de la línea establecida al efecto por el Instituto Geográfico 'Agustín Codazzi', y que se describe a continuación: ...".

"Artículo 2º.- Contra la presunción establecida en el artículo anterior, valdrán las pruebas que acrediten dominio privado de conformidad con la ley".

"Artículo 3º.- Cédese a favor del Municipio de Tocaima la propiedad de los terrenos a que se refiere el artículo 1º, a condición de que éste proceda a transferir a los propietarios de mejoras el dominio de los respectivos solares a título de compraventa, de acuerdo con lo dispuesto en la presente ley".

"Artículo 4º.- Dentro del término de dos años, contados a partir de la vigencia de esta ley, los propietarios de mejoras podrán proponer al Municipio de Tocaima la compra de los respectivos solares, y éste procederá a vendérselos con preferencia a cualquier otro proponente, y a expedirles la correspondiente titulación, cumpliendo los requisitos que a continuación se expresan:

a) En cada caso se procederá a hacer el avalúo del respectivo solar por peritos designados así: uno por el Municipio, otro por el proponente y un tercero nombrado por los dos anteriores;

b) El precio de venta será el equivalente al 10% del avalúo al que se refiere el inciso anterior, y

c) El Municipio destinará los fondos que le produjeren los contratos de compraventa de los solares, a la construcción del acueducto de Tocaima.

Parágrafo.- En caso de solares no ocupados o en el de propietarios de mejoras que no propusieren la compraventa respectiva dentro del término señalado en este artículo, el precio se fijará libremente por el Municipio".

"Artículo 5°.- Antes de otorgar escritura de venta de un predio de los que se encuentren en la situación prevista en la presente ley, el Municipio emplazará a quienes se crean con derecho a su adquisición, mediante edicto que será publicado profusamente para que se presenten a hacer valer sus derechos dentro de los treinta días siguientes.

La venta que se haga sin el cumplimiento de este requisito será nula".

"Artículo 6°.- Si hubiere controversia sobre la calidad de ocupante, poseedor o titular de mejoras, el Municipio se abstendrá de vender mientras la justicia decide".

"Artículo 7°.- Cédense a los respectivos Municipios los terrenos urbanos, de cualquier población del país que se encuentren en idéntica situación jurídica a los de Tocaima, y para su adquisición por los particulares se les aplicará el mismo tratamiento de la presente ley".

Esta ley fue objeto de reglamentación por parte del gobierno, quien expidió el decreto 1943 del 18 de agosto de 1960 que regula lo relativo a la venta por parte del municipio de los solares o lotes respectivos, de preferencia a los dueños de las mejoras establecidas en ellos (artículo 1°), ordena que los fondos recaudados por tal concepto sean destinados exclusivamente a obras de utilidad pública, especialmente acueductos y alcantarillados (artículo 6°) y determina que si se vence el plazo de los dos años, establecido para que los propietarios de las mejoras hagan las propuestas de compra a los municipios, éstos pueden fijar unilateralmente el valor del solar o lote (artículo 8°).

Por su parte, el decreto 3313 del 17 de diciembre de 1965 reglamenta el artículo 7° de la ley 137, en el que se dispone:

"Artículo 1°.- Para los efectos en ella previstos, los Concejos de los municipios cuyos terrenos urbanos se encuentren en la situación contemplada en el artículo 1° de la ley 137 de 1959 procederán a ordenar la delimitación de las actuales áreas urbanas, dentro del año siguiente a la vigencia del presente decreto y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1° de la ley 88 de 1947 .

Parágrafo.- Copias auténticas de los acuerdos en que consten las respectivas delimitaciones serán enviadas al Instituto Colombiano de la Reforma Agraria".

"Artículo 2°.- Si los Concejos no dieran cumplimiento a lo anterior se entenderá por área urbana aquella a que se refiere el artículo 3° del decreto 59 de 1938 .

"Artículo 3°.- En lo sucesivo, las solicitudes sobre titulación de baldíos deberán contener la apreciación de la distancia existente entre el respectivo predio y el poblado más cercano y en las inspecciones oculares que se practiquen dentro del trámite de adjudicación, quienes en ellas intervengan deberán consignar tal apreciación".

"Artículo 4°.- Los terrenos baldíos comprendidos dentro del área urbana señalada por los Concejos municipales o de aquella que resulte de aplicar el criterio del artículo 3° del decreto 59 de 1938, no serán adjudicados por el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, y estarán sometidos a las normas de venta contempladas en la ley 137 de 1959 y del decreto 1943 de 1960.

Parágrafo.- Los municipios no deberán efectuar ventas a una misma persona por extensiones superiores a dos mil metros cuadrados de conformidad con la limitación prevista en el artículo 7° de la ley 98 de 1928.

Parágrafo 2°.- El Instituto o las entidades delegatarias continuarán adelantando la titulación de los baldíos en los poblados no elevados aún a la categoría administrativa de municipios".

"Artículo 5°.- Este decreto no se refiere a los bienes ejidos municipales, los cuales siguen sometidos a las normas especiales que los rigen".

"Artículo 6°.- Este decreto rige a partir de la fecha de su expedición" (17 de diciembre de 1965).

De conformidad con el numeral 21 del artículo 76 de la Constitución Política de 1886, le correspondía al Congreso expedir "*las normas sobre apropiación o adjudicación y recuperación de tierras baldías*" atribución que sirvió de base para la expedición de la ley 137 de 1959, en la que se reglamentó parcialmente la adjudicación de los baldíos urbanos, sobre la cual se pueden hacer los siguientes comentarios que atañen directamente al objeto de la consulta.

Ante todo, el ámbito de aplicación de la norma: regula la posibilidad de venta por los municipios, de los terrenos baldíos urbanos, que a la fecha de entrada en vigencia de la ley se encontraban ocupados por personas propietarias de mejoras, quienes tenían la alternativa de proponer su compra dentro de los dos años siguientes y así obtener un precio muy favorable (10% de su valor), o bien, proponerla después de este lapso perdiendo éste beneficio. Es claro que los ocupantes posteriores de terrenos baldíos no tenían este derecho de obtener la venta de los lotes ocupados, pues la ley tan solo reguló y fijó un procedimiento para la situación de hecho existente al momento de expedirse la ley.

Para sustentar éste último aserto, anota la Sala que de no ser así se estaría favoreciendo la invasión de los bienes de la Nación, pues bastaría con que cualquier persona hiciera alguna mejora en un baldío urbano para tener derecho a su compra.

De lo expuesto se desprende entonces que quienes hayan ocupado los terrenos baldíos urbanos con posterioridad a la vigencia de la ley 137 de 1959, no tienen derecho a la compra de los lotes ocupados, los cuales continuaron siendo de la Nación en su calidad de bienes baldíos, hasta la

expedición de la ley 388 de 1997, como se expone más adelante.

La cesión de los baldíos la hizo la Nación a favor del municipio de Tocaima y de los demás municipios que estuvieran en la misma situación jurídica, con varias finalidades según se lee en la exposición de motivos, a saber: como arbitrio rentístico, pues los dineros producto de las ventas de los baldíos ingresaban a las arcas municipales para la construcción del acueducto o de otras obras; para regularizar la propiedad y su titulación e incorporar esos inmuebles al catastro, y que sobre ellos se pagaran los impuestos municipales correspondientes.

Es conveniente anotar que el mecanismo utilizado respeta la propiedad de los baldíos en cabeza de la Nación, pues no hay una transferencia de la titularidad de los mismos a las entidades territoriales, sino que tan sólo se cedían bajo condición suspensiva para que el municipio procediera a su venta y obtuviera el precio correspondiente, pero si no se efectuó esa venta, el municipio no adquirió la propiedad de los mismos. De esta forma, se respetó el mandato constitucional según el cual los baldíos pertenecen a la Nación.

Es entonces claro por qué la ley en comento establece una presunción de propiedad en cabeza de la Nación, de los terrenos que constituían, en ese entonces, la zona urbana del Municipio de Tocaima comprendidos dentro de la línea establecida al efecto por el Instituto Geográfico "Agustín Codazzi"; presunción de carácter legal, por cuanto podía ser desvirtuada mediante prueba que acreditara el dominio privado (artículos 1º y 2º de la ley 137).

Por esta misma razón, también estableció la ley Tocaima la cesión de la propiedad de esos terrenos a su favor y la hizo extensiva a los demás municipios del país que se encontraran en idéntica situación jurídica (artículo 7o.) de los baldíos urbanos del referido municipio, sometiendo dicha cesión a la misma condición: *transferir a título de compraventa el dominio de los predios a los propietarios de mejoras, conforme a las disposiciones de la ley.*

La cesión de los terrenos baldíos se encontraba, pues, supeditada a una condición suspensiva, que en los términos del artículo 1536 del código Civil significa que "*mientras no se cumple, suspende la adquisición del derecho*" y por consiguiente, hay que entender que si el municipio no procedía a venderlos a los propietarios de las mejoras, la cesión no se efectuaba. En tal virtud, la Nación conservaba su dominio. En otros términos, la cesión a favor de los municipios no operaba por su sola consagración legal, pues tenía lugar en la medida del cumplimiento de la condición a la que estaba sujeta, esto es, la transferencia de los predios a favor de los propietarios de las mejoras, de manera que al no cumplirse la condición el municipio no adquiría la propiedad de los baldíos urbanos.

Como se expuso, y se reitera para ampliar el concepto, los propietarios de las mejoras hechas en los lotes hasta el momento de expedición de la ley, tenían el derecho de formular propuesta de compra, dentro de los dos años siguientes a la iniciación de su vigencia. Si los ocupantes dejaban pasar este plazo, podían presentar su propuesta perdiendo el derecho al precio especial, y la ley les otorgaba tan solo un derecho de preferencia para la adjudicación, pero el precio sería el que determinarían los peritos. El plazo de los dos años fue único, esto es, se comenzó a contar a partir de la vigencia de la ley, vencido el cual no revive ni aún para los nuevos ocupantes, pues es claro que la situación de estos últimos no está regulada por la ley 137 de 1959. Los ocupantes de inmuebles baldíos urbanos que no propusieron compra dentro de los dos años siguientes a la entrada en vigor de la ley, aún pueden hacerlo, pues la vigencia de su derecho no está limitada en el tiempo, y el precio de venta será el comercial, según las reglas actuales en materia de fijación de precios para la venta de inmuebles.

El artículo 123 de la ley 388 de 1997.

La ley 388 de 1997 "*Por la cual se modifica la ley 9ª de 1989, y la ley 3ª de 1991 y se dictan otras disposiciones*" consagra, en sus disposiciones generales, la siguiente norma relacionada con los baldíos urbanos:

"Art. 123.- De conformidad con lo dispuesto en la ley 137 de 1959, todos los terrenos baldíos que se encuentren en suelo urbano, en los términos de la presente ley, de los municipios y distritos y que no constituyan reserva ambiental pertenecerán a dichas entidades territoriales".

Esta norma es de difícil interpretación en cuanto a la primera frase de la misma que dice "*de conformidad con lo dispuesto en la ley 137 de 1959*" pues a primera vista parece indicar que desde tal año los baldíos urbanos pertenecen a los municipios y no a la Nación. De lo expuesto en el acápite anterior, es claro que esta interpretación no es precisa, pues la ley 137 de 1959 no cedió ni entregó la propiedad de este tipo de inmuebles a tales entidades territoriales. En estricto sentido se cedió el derecho a obtener el precio de venta sobre los baldíos ocupados al momento de expedirse la ley, pero su regulación no fue mas allá.

El artículo 123 que se analiza, hace parte de la ley 388 de 1997, que organizó el actual sistema de ordenamiento territorial a cargo de los municipios, por lo que es lógico entender que la cesión de los baldíos urbanos efectuada en esa misma ley, debe integrarse a la totalidad del ordenamiento territorial y manejarse con miras a su cabal realización. De esta manera, las finalidades de la cesión de los baldíos a las entidades territoriales son entonces las previstas en las leyes 9a. y 388 y, como se verá enseguida, las de la ley 768 de 2002, mas no el arbitrio rentístico que se desprende de la ley 137 de 1959.

De esta afirmación se desprende que los ocupantes de los inmuebles baldíos urbanos carecen de derecho a la adjudicación o compra del inmueble, pues los municipios o distritos deben destinar los mismos a realizar los fines de las leyes de ordenamiento territorial, tales como: vías públicas, espacio urbano, servicios públicos, programas de vivienda de interés social, etc. Los municipios y distritos tienen entonces la obligación de recuperar los bienes baldíos ocupados con el fin de dedicarlos a las finalidades mencionadas.

De hecho con el artículo 123 de la ley 388 de 1997, los baldíos urbanos perdieron esa calidad y su propiedad se radicó en cabeza de los municipios, que deberán servirse de ellos conforme a las reglas de los planes de ordenamiento territorial.

Dado el caso en el que los municipios decidan que algunos de estos inmuebles deben ser vendidos, lo podrán hacer mediante licitación, según lo ordenan los artículos 35 y 36 de la ley 9 de 1989 y demás normas concordantes, salvo los casos expresamente exceptuados en la misma ley. Para determinar el precio base de venta, se aplicará el decreto 2150 de 1995 -art. 27- y el 1420 de 1998.

Entendido de esta forma el artículo 123 en comento, se supera el escollo de su posible inconstitucionalidad, pues si bien la titularidad en la propiedad de los baldíos es de la Nación, cuando la ley ordena integrar a los planes de ordenamiento territorial los bienes inmuebles baldíos comprendidos dentro de los límites urbanos, y dispone que "*pertenecerán*" a los municipios y distritos para que realicen las finalidades propias de esos planes, es claro entonces que el legislador los apropió y destinó con una finalidad específica, cumpliendo así el mandato del artículo 150-18 de la Constitución Política que le ordena al Congreso expedir las normas sobre "*apropiación o adjudicación y recuperación de tierras baldías*." La mayor autonomía municipal que la constitución actual otorgó a estas entidades, se ve realizada con la entrega de la adjudicación de los baldíos a los distritos y los municipios.

La ley 768 de 2002 sobre los Distritos Especiales de Cartagena, Barranquilla y Santa Marta.

La ley 768 del 31 de julio de 2002, "*Por la cual se adopta el régimen político, administrativo y fiscal de los Distritos Portuario e Industrial de Barranquilla, Turístico y Cultural de Cartagena de Indias y Turístico, Cultural e Histórico de Santa Marta*" contiene un capítulo denominado *De los recursos Turísticos y de su declaratoria como tales*, en los artículos 22 a 30, en el cual reglamenta el uso del suelo de los inmuebles que puedan ser catalogados, por vía general o particular, como recursos turísticos. El artículo 30, al definir los efectos de la declaratoria de un inmueble o zona como recurso turístico ordena que "*El uso turístico primará sobre cualquier otra actividad que se pretenda adelantar sobre los mismos.*"

La declaratoria de un bien como recurso turístico corresponde hacerla al Concejo Distrital mediante acuerdo, expedido a iniciativa del Alcalde Mayor (artículo 25) y cualquier actividad pública o privada que se vaya a adelantar sobre el mismo requiere permiso previo de las autoridades distritales y debe sujetarse a los planes y programas adoptados específicamente para regular su uso, manejo y destinación (artículo 24). En el caso de los recursos turísticos de desarrollo prioritario, el uso turístico primará sobre cualquier otra actividad que se pretenda realizar sobre los mismos (artículo 30-A-2).

Estas reglas de la ley 768 de 2002 deben integrarse con las de las leyes 9ª de 1989 y 388 de 1997, de tal manera que en los planes de ordenamiento territorial debe expresarse cuáles son las zonas en las que se permiten actividades turísticas y entonces cómo y bajo qué reglamentación urbana éstas priman sobre las demás actividades.

La consulta inquiere acerca de si el Distrito de Cartagena debe subordinar cualquier actividad urbanística relacionada con bienes baldíos nacionales, declarados como recursos turísticos.

Al respecto, se observa que la normatividad que prevalece en este caso, es la contenida en la ley 768 de 2002, por ser posterior y especial y además, porque establece que cualquier actividad pública o privada que se pretenda adelantar sobre tales recursos, debe someterse al régimen establecido en los artículos 22 a 30 de la ley, a los planes y programas específicamente adoptados para regular el uso, manejo y destinación de los mismos (artículo 24) y que si tienen el calificativo de "*desarrollo prioritario*", el uso turístico primará sobre cualquier otra actividad que se proyecte desarrollar sobre ellos (artículo 30-A-2).

La distinción entre el contrato de prestación de servicios, el mandato y el ejercicio de funciones administrativas por los particulares.

La consulta indaga acerca de si las actividades del objeto de sendos contratos de prestación de servicios profesionales celebrados con dos abogados, consistentes principalmente, en la identificación física de baldíos, su delimitación, integración al catastro, titulación y enajenación, constituyen funciones administrativas y por ende, si se trata del ejercicio de éstas por particulares.

Al respecto, se observa que conviene distinguir entre el contrato de prestación de servicios, el de mandato y el ejercicio de funciones administrativas por particulares.

A. El contrato de prestación de Servicios.

La celebración de un contrato de prestación de servicios por parte de la entidad estatal con un abogado, consistente en el estudio de títulos y documentos de propiedad raíz, para que con base en ellos, se elaboren las minutas de escrituras públicas de compraventa o hipoteca o la rendición de conceptos sobre los mismos y los problemas jurídicos que plantean, así como su posible solución, no constituye un ejercicio de funciones administrativas por particulares. Es un claro contrato de prestación de servicios regido por la ley 80 de 1993 en su artículo 32.3, definido así:

"Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos solo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados."

"En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable".

Como puede advertirse, el legislador se ocupó, en este caso, de definir los elementos esenciales del contrato caracterizado por su bilateralidad, independencia y autonomía del contratista, excepcionalidad y temporalidad y, particularmente su contenido prestacional, consistente en una obligación de hacer mediante la cual la entidad estatal obtiene la colaboración de terceros para el cumplimiento de tareas "*relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad*", pero no para el cumplimiento propiamente dicho de funciones administrativas por particulares.

La Sala hace notar que la prestación en especie a cargo del contratista particular, es recibida directamente por la administración; utilizando el lenguaje del contrato de suministro, la administración es el *consumidor* del servicio.

Esta Sala ha advertido la posibilidad de celebrar el contrato de prestación de servicios para brindar colaboración a la administración, distinguiendo su objeto del cumplimiento de funciones administrativas, en materia de adjudicación de baldíos rurales (Rad. No 921 de 1997), en los siguientes términos:

"En síntesis, la disposición contenida en el artículo 78 de la ley 160 de 1994 debe interpretarse armónicamente con el numeral 3º del artículo 32 de la ley 80 de 1993, y por tanto, debe entenderse en el sentido de que el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria debe adelantar los procedimientos administrativos de adjudicación de baldíos con funcionarios de su planta de personal, pero para realizar otras actividades distintas del procedimiento en sí de adjudicación, pero relacionadas con éste, podrá contratar personas bajo la modalidad de prestación de servicios, y con arreglo a la ley de contratación."

En el caso objeto de esta consulta, se observa que los contratos no tienen por objeto el cumplimiento de funciones públicas o administrativas, pues no se deriva de ellos el ejercicio de poderes inherentes al Estado o prerrogativas propias de la autoridad, como lo ha advertido la jurisprudencia constitucional:

"Esta distinción es muy importante en cuanto determina el alcance de la prohibición contenida en la regla de derecho demandada pues, como lo precisó la Corte en la Sentencia C-037-03, 'ha de tenerse en cuenta el caso de aquellas personas que contratan con el Estado pero sin asumir el ejercicio de funciones públicas, dado que solamente en determinados casos la ejecución de un contrato implica su ejercicio en cuanto se asuman prerrogativas propias del poder público'. Esto por cuanto 'El servicio público se manifiesta esencialmente en prestaciones a los particulares', en tanto que 'La función pública se manifiesta, a través de otros mecanismos que requieren de las potestades públicas y que significan en general ejercicio de la autoridad inherente del Estado'. De ahí que 'Solamente en el caso de que la prestación haga necesario el ejercicio por parte de ese particular de potestades inherentes al Estado, como por ejemplo, señalamiento de conductas, ejercicio de coerción, expedición de actos unilaterales, podrá considerarse que éste cumple en lo que se refiere a dichas potestades una función pública'".

En conclusión, los contratos de prestación de servicios objeto de consulta, y respondiendo según la información entregada, no constituyen ejercicio de funciones públicas por un particular, pues la entidad no se desprende de sus funciones ni se las confiere a aquel sino que se trata de una asesoría profesional para ayudarle en el desempeño de tales funciones.

#### B. El contrato de mandato.

La realización de un contrato de mandato u otorgamiento de poder a un abogado, para que suscriba en nombre de la entidad estatal, documentos privados (títulos valores, por ejemplo) o escrituras públicas, o sea su apoderado en actuaciones extrajudiciales o procesos judiciales es diferente también del ejercicio de funciones administrativas por particulares. El mandato se sujeta a las normas de los artículos 2142 y siguientes del Código Civil, 65 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, en concordancia con lo dispuesto por los artículos 13, 32 primer inciso y 40 primer inciso, de la ley 80 de 1993, y no constituye tampoco, ejercicio de funciones administrativas por un particular, pues el mandatario actúa siempre en nombre y representación de la entidad mandante, la cual conserva sus funciones. Si bien el mandatario se puede relacionar con terceras personas, lo hace en calidad de representante, pero no en ejercicio de funciones de la entidad.

#### C. El ejercicio de funciones administrativas por particulares.

El ejercicio de funciones administrativas por un particular hace parte de la llamada descentralización por colaboración, de acuerdo con lo establecido por el inciso primero del artículo 210 de la Constitución y los artículos 110 a 114 de la ley 489 de 1998, e implica el ejercicio de potestades públicas a favor de terceros (usuarios de los servicios). Utilizando nuevamente la terminología del contrato de suministro, el *consumidor* de tales servicios son terceros al contrato, llámense usuarios del servicio, administrados, etc. Este contrato (que a juicio de la Sala es un tipo especial de concesión) se caracteriza porque tiene efectos hacia terceros, que son los destinatarios de la función pública atribuida al contratista particular.

El procedimiento que se debe seguir está regulado por la ley 489 de 1998, para lo cual se debe expedir por parte de la entidad, un acto administrativo que determine las funciones específicas, las condiciones y término de su ejercicio, las calidades, requisitos y garantías que deben presentar las personas naturales o jurídicas privadas que aspiren a desarrollarlas, su remuneración, y celebrar luego un convenio con el particular, seleccionado mediante un procedimiento de convocatoria pública.

La entidad pública transfiere algunas de sus funciones por un tiempo determinado, al particular, el cual asume la responsabilidad consiguiente y las debe desarrollar autónomamente, de acuerdo con la normatividad aplicable a la actividad de que se trate, y con sujeción a los controles de ésta ejercidos por parte de los organismos competentes, y los de la entidad otorgante.

#### D. Análisis de la información existente sobre los contratos objeto de la consulta.

Conceptúa la Sala de manera abstracta y limitada, haciendo referencia de manera general a los contratos reseñados en la consulta, con base en la información suministrada, dado que a pesar de que fueron solicitados para analizar su texto exacto, no fueron enviados a la Corporación.

Se observa que, con base en la información anexa a la consulta, no se podría concluir que las actividades que integran el objeto de los contratos, constituyeran funciones administrativas asignadas a particulares, pues la mayor parte de ellas se referiría a labores de asesoría legal que se

demandas judiciales se enmarcarían dentro de los postulados del contrato de mandato.

Cabe anotar, con apoyo en la misma información, que las funciones referentes a actuaciones urbanísticas mencionadas en el artículo 8o. de la ley 388 de 1997 y las señaladas en los artículos 541 y 546 del decreto distrital 977 de 2001, continuarían asignadas a las respectivas autoridades distritales de Cartagena, las cuales no las habrían transferido ni cedido en virtud de los aludidos contratos.

Finalmente, en torno a la pregunta sobre los requisitos y procedimientos establecidos en los artículos 110 y 111 de la ley 489 de 1998, para conferir funciones administrativas a los particulares, consistentes básicamente en la expedición de un acto administrativo con un determinado contenido y la celebración de un convenio, previa elaboración de un pliego o términos de referencia y la realización de convocatoria pública, hay que decir que son de imperativo cumplimiento, con la finalidad de garantizar el adecuado ejercicio de tales funciones y la transparencia en la contratación.

LA SALA RESPONDE:

1. Sobre la ley 137 de 1959 y su decreto reglamentario 3313 de 1965.

1.1. Por el solo ministerio de la ley 137 de 1959, los municipios no adquirieron la propiedad de los baldíos urbanos nacionales, ya que la cesión contemplada en los artículos 4o. y 7o., estaba sujeta a la condición suspensiva de que los municipios procedieran a vender los solares o lotes a quienes los ocupaban al momento de entrar en vigor la ley, esto es el 24 de diciembre de 1959. El plazo de dos años se venció, pero quienes conservan la calidad de ocupantes que tenían al momento de la entrada en vigencia de la ley, aún pueden pedir su venta; el precio se tasarán según las normas actualmente vigentes sobre la materia.

1.2. El término de dos años lo previó el legislador para que el propietario de las mejoras que ocupaba el inmueble al momento de la vigencia de la ley, formulara propuesta de compra del solar o lote y se le garantizara como precio, una suma equivalente al 10% del avalúo pericial. En caso de no haberse procedido a la venta, los baldíos urbanos continuaron siendo propiedad de la Nación hasta la entrada en vigencia de la ley 388 de 1997.

2. Sobre el artículo 123 de la ley 388 de 1997.

2.1. Por efectos del artículo 123 de la ley 388 de 1997, los baldíos urbanos pertenecen a los municipios y distritos.

2.2. La vigencia de la ley 137 de 1959 se contrajo a los ocupantes de bienes baldíos al momento de su expedición, en la forma expuesta en este concepto. Quienes conservan la calidad de ocupantes que tenían a la expedición de la ley, pueden pedir la venta del solar ocupado, pagando el precio regulado por las normas vigentes en la actualidad.

2.3. El límite para vender como máximo 2.000 metros a los ocupantes, que traía el decreto 3313 del 17 de diciembre de 1965, se aplica exclusivamente a quienes mantienen el derecho a la compra de los solares por haber sido ocupantes al momento de expedirse la ley 137 de 1959, según se ha expuesto.

3. Sobre la ley 768 de 2002.

3.1. En el caso de un bien que hubiere sido baldío urbano nacional, y que sea declarado recurso turístico por el Concejo Distrital, cualquier actividad que el distrito desee emprender sobre él, debe sujetarse al régimen previsto para esta clase de recursos por la ley 768 de 2002.

4. Sobre la ley 489 de 1998

4.1. De acuerdo con la información anexa a la consulta, el objeto de los contratos mencionados, parece referirse a actividades que se enmarcarían dentro de los contratos de prestación de servicios y de mandato, y no constituirían el ejercicio de funciones administrativas por particulares.

4.2. Cuando el Distrito de Cartagena se proponga conferir el ejercicio de funciones administrativas a particulares, debe dar cumplimiento a los requisitos establecidos por los artículos 110 y 111 de la ley 489 de 1998.

Transcríbase al señor Ministro del Interior y de Justicia, doctor Sabas Pretelt de la Vega. Igualmente, envíese copia a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

FLAVIO AUGUSTO RODRIGUEZ ARCE  
Presidente de Sala  
ENRIQUE JOSE ARBOLEDA PERDOMO

GUSTAVO APONTE SANTOS  
GLORIA DUQUE HERNANDEZ  
ELIZABETH CASTRO REYES  
Secretaria de la Sala