

Concepto ICBF-3-B

Fecha: 2020-02-12

Asunto: Respuesta a solicitud de concepto frente al saneamiento de derechos de cuota del ICBF sobre terreno con matrícula inmobiliaria No. xxxxxx

De manera atenta y en el marco de nuestras competencias, esta Oficina emite concepto jurídico sobre el saneamiento de derechos de cuota del ICBF en terreno con matrícula inmobiliaria No. ubicado en

Así, previo análisis del ordenamiento jurídico vigente y con fundamento en los artículos 23 de la Constitución Política, 26 del C.C., 13 del C.P.A.C.A sustituido por el artículo 1º de la Ley 1755 de 2015, y el numeral 4º del artículo 6º del Decreto 987 de 2012, esta Oficina da respuesta en los términos que siguen.

1. PROBLEMAS JURÍDICOS

En el presente concepto se dará respuesta a los siguientes problemas jurídicos planteados por la Regional Cauca:

1. *¿Es procedente la donación de inmuebles propiedad del ICBF?*
2. *De ser procedente la donación,*
 - a. *¿Aplicaría para los derechos de cuota que el ICBF tuviese en proindiviso?*
 - b. *¿Esta se puede realizar a favor de personas naturales o personas jurídicas?*
 - c. *¿Cuál es el procedimiento para la cesión o donación?*
 - d. *¿Qué dependencia determina la viabilidad de una cesión o donación?*
 - e. *¿Quién asumiría el costo de los derechos notariales y de registro de una donación adelantada por el ICBF?*
3. *¿Es procedente adelantar la cesión de los derechos de cuota por parte del ICBF a los ocupantes del predio motivo de la presente consulta en relación a la precisión realizada por el Ministerio de Vivienda en relación con la Ley 1001 de 2005?*
4. *¿Cómo debe manejarse el pago del impuesto predial por parte de ICBF sobre los inmuebles en los que tiene copropiedad, pero se encuentran ocupados?*

2. RUTA METODOLÓGICA PARA RESPONDER LOS PROBLEMAS JURÍDICOS

Para dar respuesta al problema jurídico: (i) se establecerá el marco jurídico aplicable; (ii) se hará el respectivo análisis jurídico, y finalmente se presentarán las conclusiones.

2.1 ANTECEDENTES

De manera sucinta en la solicitud de concepto se relacionaron los antecedentes más sobresalientes, relacionados con las actuaciones realizadas desde la Dirección Regional ICBF Cauca, para el saneamiento de derechos de cuota del ICBF sobre terreno con matrícula inmobiliaria No. 132-8350, ubicado en el Municipio de Santander de Quilichao – Cauca, no obstante, teniendo en cuenta que los problemas jurídicos están expresados de manera general, se procederá a resolver las inquietudes de la misma forma.

2.1 MARCO NORMATIVO APLICABLE

Son normas aplicables para la resolución de los problemas jurídicos planteados, las siguientes:

a) DONACIÓN ENTRE VIVOS

De acuerdo con la legislación civil, la donación entre vivos es un acto por el cual una persona transfiere, gratuita e irrevocablemente, una parte de sus bienes a otra persona que las acepta.

La normatividad general del contrato de donación se encuentra en el Código Civil¹, en los artículos 1443 y ss., que contienen una serie de previsiones de estricto cumplimiento en cuanto a su celebración. La donación se formaliza con la entrega física de los bienes y con el registro de la escritura de traslación del dominio en la oficina de instrumentos públicos, en el caso de los inmuebles sin contraprestación alguna.

Respecto de la donación de bienes del Estado, cabe precisar la dimensión del artículo 355 de la Constitución Política, que dice textualmente: *Ninguna de las ramas u órganos del poder público podrá decretar auxilios o donaciones a favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado. (...).*

¹ **ARTÍCULO 1443.** DEFINICIÓN DE DONACIÓN ENTRE VIVOS. La donación entre vivos es un acto por el cual una persona transfiere, gratuita e irrevocablemente, una parte de sus bienes a otra persona que la acepta.

ARTÍCULO 1444. PERSONAS HÁBILES PARA DONAR. Es hábil para donar entre vivos toda persona que la ley no haya declarado inhábil.

ARTÍCULO 1445. PERSONAS INHÁBILES PARA DONAR. Son inhábiles para donar los que no tienen la libre administración de sus bienes; salvo en los casos y con los requisitos que las leyes prescriben.

ARTÍCULO 1446. CAPACIDAD PARA RECIBIR DONACIÓN. Es capaz de recibir entre vivos toda persona que la ley no ha declarado incapaz. [...].

ARTÍCULO 1455. INEXISTENCIA DE DONACIÓN POR AUSENCIA DE INCREMENTO PATRIMONIAL. 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. [...].

ARTÍCULO 1457. DONACIÓN DE INMUEBLES. No valdrá la donación entre vivos, de cualquiera especie de bienes raíces, si no es otorgada por escritura pública, inscrita en el competente registro de instrumentos públicos.

No obstante el literal contenido de esta prohibición, la Corte Constitucional ha señalado que esta no es absoluta, sino que debe matizarse con valores y principios constitucionales permitiendo algunas excepciones. Al referirse a los alcances de la prohibición ha destacado:

*La Constitución prohíbe toda donación de recursos públicos, lo que no significa que el Estado no pueda implementar políticas sociales o económicas que tengan como herramienta la asignación de bienes o recursos sin una contraprestación directa e inmediata a cargo del beneficiario. En un estado social de derecho, el Estado tiene ciertas obligaciones sociales que se concretan, entre otras, en la asignación de bienes o recursos públicos a sectores especialmente protegidos por la Constitución, y para que este tipo de asignaciones resulten ajustadas a la Carta, se requiere que satisfagan, cuando menos, cuatro requisitos constitucionales: En primer lugar, debe respetar el principio de legalidad del gasto; en segundo término, toda política pública del sector central, cuya ejecución suponga la asignación de recursos o bienes públicos, debe encontrarse reflejada en el Plan Nacional de Desarrollo y en el correspondiente plan de inversión, y tiene que encontrarse fundada en un mandato constitucional claro y suficiente que la autorice; por último, debe respetar el principio de igualdad.²
(Negrilla fuera de texto).*

Por consiguiente, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, por ser una entidad pública, no puede realizar donaciones a favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado, toda vez que los bienes públicos están destinados al cumplimiento de los objetivos del Estado y no a favorecer intereses privados.

Ahora bien, la Ley 80 de 1993, Estatuto General de Contratación, en el literal a) del numeral 1 del artículo 2, establece a qué entes se les denomina entidades estatales:

Artículo 2.

(...)

a) La Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el Distrito Capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles.

El artículo 13 ídem, establece: (...) *Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2 del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta Ley.*

Así mismo, el párrafo 1 del artículo 14 de la ley en cita consagra que en estos contratos se prescindirá de la utilización de las cláusulas o estipulaciones excepcionales al derecho común.

Finalmente, el artículo 41 de la Ley 80 de 1993, dispone: (...) *Del Perfeccionamiento del Contrato. Los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito. (...).*

² Corte Constitucional. Sentencia C-507 de 2008. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

Lo anterior, para indicar que la Ley 80 de 1993, permite a las entidades públicas actuar en calidad de donatarias, dentro el contrato de donación, sin que sea necesaria la existencia de una autorización legal específica y previa para el efecto, sin perjuicio, del cumplimiento de las condiciones generales fijadas en el Estatuto de Contratación. Distinto es 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 regulen la materia.

b) DERECHOS DE CUOTA Y PROINDIVISO

El Capítulo III del Título XXXIII del Código Civil, establece que el derecho de cuota es la parte que corresponde a una persona llamada comunero, que es dueño de un derecho en proindiviso, es decir, sin dividir, de un bien común, del cual puede disponer como tal, pero no lo es de toda la cosa común ni de una parte determinada de ella.

Una propiedad proindiviso es aquella que pertenece a varias personas, donde cada una posee una parte del bien, es decir que cada persona posee una parcialidad sin determinar qué parte del bien le pertenece.

El proindiviso tiene la característica, de no poder identificar lo que le corresponde a cada una de las partes, pues se trata de una cuota o participación abstracta sobre el total del bien.

Por ejemplo, en el caso de una finca que pertenece a 5 hermanos, se sabe que cada uno posee el 20% de la misma, pero un 20% de cualquier parte de ésta.

Esa característica hace que sea difícil administrar una propiedad en proindiviso, pues al no existir una división material del inmueble, todos son dueños de todo y ninguno de nada, de allí que en algunos casos es necesario fijar reglas claras para la administración de la propiedad, de manera que ningún copropietario resulte afectado por la actividad de los otros comuneros.

Hay muebles o propiedades que son indivisibles, pero otros que sí se pueden dividir y así individualizar la parte que le corresponde a cada uno.

En los inmuebles que se pueden dividir, se puede hacer formalmente mediante una escritura de partición material, donde a cada comunero o copropietario se la asigna una parte material del inmueble según su cuota de participación, lo que suele ser una solución efectiva para el manejo y administración de la propiedad proindiviso.

Si la partición no es posible, generalmente los comuneros deciden vender el bien y repartir entre todos lo obtenido con la venta, según la parte que cada uno posea.

Hay casos en que ni la partición ni la venta es posible debido a que uno o varios de los copropietarios se niega, y en tal caso resulta oportuno recordar lo que establece el artículo 2334 del Código Civil:

En todo caso puede pedirse por cualquiera o cualesquiera de los comuneros que la cosa común se divida o se venda para repartir su producto.

La división tendrá preferencia siempre que se trate de un terreno, y la venta cuando se trate de una habitación, un bosque u otra cosa que no pueda dividirse o deslindarse fácilmente en porciones. (Negrilla fuera de texto).

Al respecto la Corte Constitucional en Sentencia C-791 del 2006³ señaló:

*Entre los derechos que las leyes civiles otorgan a los comuneros se encuentra el de **no estar obligado a permanecer en la indivisión**, es decir, cada comunero conserva su libertad individual, de allí que tanto el Código Civil, artículo 2334, como el de Procedimiento Civil, artículo 467, consagren que todo comunero puede pedir la división material de la cosa común, o su venta para que se distribuya el producto; y que, la demanda deberá dirigirse contra los demás comuneros, y a ella se acompañará la prueba de que demandante y demandado son condueños. Cabe recordar, que en el cuasicontrato de comunidad entre dos o más personas, ninguna de ellas ha contratado sociedad, o celebrado otra convención relativa a la misma cosa. (Negrilla fuera de texto).*

Cuando la propiedad en proindiviso genera renta o ingresos, estos se distribuyen en la misma proporción en que cada copropietario es dueño del bien. Como la propiedad requiere de mantenimiento y reparaciones, estas deben ser asumidas por todos los copropietarios a prorrata de la participación de cada uno. (Artículos 2327 y 2328 C.C.)

Frente a las deudas contraídas a favor y en nombre de la propiedad proindiviso tiene un tratamiento claro consagrado en el artículo 2325 del Código Civil:

A las deudas contraídas en pro de la comunidad durante ella, no es obligado sino el comunero que las contrajo; el cual tendrá acción contra la comunidad para el reembolso de lo que hubiere pagado por ella.

Si la deuda ha sido contraída por los comuneros colectivamente, sin expresión de cuotas, todos ellos, no habiendo estipulado solidaridad, son obligados al acreedor por partes iguales; salvo el derecho de cada uno contra los otros, para que se le abone lo que haya pagado de más sobre la cuota que le corresponda. (Negrillas fuera de texto).

Como se observa en el artículo transcrito, sobre las deudas contraídas en pro de la comunidad, no es obligado sino el comunero que las contrajo, quien podrá reclamar a los demás integrantes de la comunidad el reembolso de lo que hubiere pagado por ellas.

c) CESIÓN DE BIENES A TÍTULO GRATUITO POR APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 2 DE LA LEY 1001 DE 2005 Y SUS REQUISITOS CONTEMPLADOS EN EL DECRETO 4825 DE 2011 (Compilado en el Decreto 1077 de 2015 –Único Reglamentario del Sector Vivienda, Ciudad y Territorio).

La cesión a título gratuito es un mecanismo a través del cual una entidad estatal de carácter nacional o distrital, propietaria de inmuebles fiscales ocupados con vivienda de interés social,

³ Corte Constitucional. Magistrada Ponente: Dra. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ. Exp. D-6220.

transfiere el pleno derecho de dominio de éstos a través de un acto administrativo y sin cobrar valor alguno por concepto del precio de tales bienes. Mediante este procedimiento, los poseedores de un bien inmueble que se encuentra localizado sobre un predio de propiedad de la Nación o del Distrito, adquieren la condición de propietarios a través de un acto administrativo siempre que cumplan con los requisitos establecidos.

El artículo 2 de la Ley 1001 de 2005, que modificó el artículo 14 de la Ley 708⁴ de 2001, el cual fue a su vez fue modificado por el artículo 277 de la Ley 1955 de 2019 – Ley por la cual se adoptó el Plan Nacional de Desarrollo 2018 -2022 “Pacto por Colombia, pacto por la equidad”, estableció que: *Las entidades públicas podrán transferir mediante cesión a título gratuito la propiedad de los bienes inmuebles fiscales o la porción de ellos, ocupados ilegalmente con mejoras y/o construcciones de destinación económica habitacional, siempre y cuando la ocupación ilegal haya sido efectuada por un hogar que cumpla con las condiciones para ser beneficiario del subsidio de vivienda de interés social y haya ocurrido de manera ininterrumpida con mínimo diez (10) años de anterioridad al inicio del procedimiento administrativo. La cesión gratuita se efectuará mediante resolución administrativa, la cual constituirá título de dominio y una vez inscrita en la correspondiente Oficina de Registro de Instrumentos Públicos, será plena prueba de la propiedad. (...).*

En el Decreto 1077 de 2015 –Único Reglamentario del Sector Vivienda, Ciudad y Territorio, se encuentra la reglamentación de los artículos 2o, 4o, 6o y 7o de la Ley 1001 de 2005 en materia de transferencia gratuita de bienes fiscales urbanos para el desarrollo de programas de vivienda de interés social.

d) ENAJENACIÓN ONEROSA

El Decreto 1082 de 2015, Único Reglamentario del sector Administrativo de Planeación Nacional, se ocupó a partir del artículo 2.2.1.2.2.1.1 de la enajenación de bienes del Estado, al indicar que: *La selección abreviada es la modalidad para la enajenación de bienes del Estado, la cual se rige por las disposiciones contenidas en el presente capítulo, salvo por las normas aplicables a la enajenación de los bienes a cargo del Fondo para la Rehabilitación, Inversión Social y Lucha contra el Crimen Organizado y la enajenación de que tratan la Ley 226 de 1995, el Decreto-ley 254 de 2000 y la Ley 1105 de 2006.*

Así mismo, indicó en el artículo 2.2.1.2.2.1.4 que las entidades estatales que no estén obligadas a la transferencia de bienes a la Central de Inversiones CISA S. A., pueden realizar la enajenación directamente, *o contratar para ello promotores, bancas de inversión, martillos, comisionistas de bolsas de bienes y productos, o cualquier otro intermediario idóneo, según corresponda al tipo de bien a enajenar.*

Para la selección del intermediario idóneo, el artículo 2.2.1.2.2.1.5 del mismo Decreto, establece que deberá adelantarse *a través de un Proceso de Contratación en el cual utilice las reglas de la selección abreviada de menor cuantía. Si el intermediario idóneo es un comisionista de bolsa de productos, la Entidad Estatal debe utilizar el procedimiento al que se refiere el artículo 2.2.1.2.1.2.14 del presente decreto. (...).*

⁴ Por la cual se establecen normas relacionadas con el subsidio Familiar para vivienda de interés social y se dictan otras disposiciones.

Por su parte, la Guía de Gestión de Bienes del ICBF señala que son bienes inmuebles *todos aquellos bienes considerados bienes raíces, por tener de común la circunstancia de estar íntimamente ligados al suelo, unidos de modo inseparable, física o jurídicamente al terreno, tales como casas, edificios, apartamentos, lotes, locales comerciales, bodegas, hangares, parcelas urbanizadas o no, es decir las llamadas fincas*, y que su administración es ejercida directamente por cada regional bajo la responsabilidad del Grupo Administrativo, a excepción de los inmuebles a cargo de las Regionales Bogotá y Cundinamarca referidos en la Resolución No 577 del 10 de febrero de 2015, los cuales estarán a cargo del Grupo de Gestión de Bienes de la Dirección Administrativa.

La mencionada Guía, indica en el numeral 9.2.1.10.6 que *el hecho de encontrarse un bien en proceso de saneamiento no impide que se incluya en el Plan de Enajenación Onerosa, salvo que exista una medida administrativa o jurisdiccional que lo saque del comercio. Cuando se decida vender un bien que se encuentra en proceso de saneamiento, en la ficha comercial y en los pliegos que se publican en la página Web debe explicarse, muy claramente, cual es el problema que afecta el inmueble y que el Instituto no asume responsabilidades por el resultado del proceso judicial o administrativo.*

Como únicos requisitos para incluir un inmueble en el Plan de Enajenación Onerosa del Instituto, la mencionada Guía (numeral 9.2.1.10.1), establece: (i) *Que el inmueble sea de propiedad del ICBF por encontrarse registrado en el Folio de Matrícula Inmobiliaria que no tenga ninguna condición o situación que limite la disposición del inmueble, y (ii) Que el bien no se encuentre fuera del Comercio.*

Es por ello que, una vez elaborado el análisis de utilidad del bien y si el concepto es favorable para venta, se debe solicitar un avalúo comercial del inmueble para iniciar los trámites de su inclusión en el Plan de Enajenación Onerosa, de conformidad con las disposiciones contenidas en el artículo 2.2.1.2.2.3.1. Según el mismo artículo, el avalúo puede estar a cargo del *Instituto Geográfico Agustín Codazzi o a cargo de una persona especializada inscrita en el Registro Nacional de Avaluadores que lleva la Superintendencia de Industria y Comercio. Los avalúos tienen vigencia de un año.*

Respecto de la enajenación onerosa de inmuebles en común y proindiviso - con codueños - y la inclusión en el plan de enajenación onerosa y proceso de venta de bien común, se deberá tener en cuenta lo indicado en el numeral el numeral 9.2.1.10.5 de la Guía de Gestión de Bienes del ICBF.

Al tenor del marco normativo expuesto, se concluye que teniendo en cuenta que los inmuebles son de propiedad del Instituto, que no han sido destinados para el cumplimiento de sus fines, que su venta no está prohibida por la ley, y que las medidas que los afecten no los pongan fuera del comercio, el ICBF está plenamente facultado para enajenarlos, por lo que previa certificación del Comité de Gestión de Bienes podrán ser incluidos en el Plan de Enajenación Onerosa y proceder a su venta, conforme con lo dispuesto en el literal e) numeral 2 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, el Decreto 1082 de 2015 y la Guía de Gestión de Bienes del ICBF.

2.2 ANÁLISIS JURÍDICO

La naturaleza jurídica del ICBF es la de establecimiento público descentralizado, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio, creado mediante la Ley 75 de 1968 y el Decreto 2388 de 1979, adscrito al Departamento Administrativo para la Prosperidad Social, mediante Decreto 4156 de 2011, que tiene por objeto propender y fortalecer la integración y el desarrollo armónico de la familia, proteger al niño, niña y adolescente y garantizarle sus derechos en sometimiento a lo dispuesto por la Constitución Política, específicamente en el Artículo 44 y demás normas legales relacionadas.

Conforme a esta naturaleza jurídica, este Instituto es una entidad pública, que no puede realizar donaciones a favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado, toda vez que los bienes públicos están destinados al cumplimiento de los objetivos del Estado y no a favorecer intereses privados.

Sin embargo, la cesión a título gratuito es un mecanismo a través del cual una entidad estatal, propietaria de inmuebles fiscales ocupados con vivienda de interés social, transfiere el pleno derecho de dominio de éstos a través de un acto administrativo (resolución) y sin cobrar ningún valor por concepto de tales bienes.

La Ley 9 de 1989⁵ dispuso en el inciso 1o del artículo 58 que *Las entidades públicas del orden nacional cederán a título gratuito los inmuebles de su propiedad que sean bienes fiscales y que hayan sido ocupados ilegalmente para vivienda de interés social, siempre y cuando la ocupación ilegal haya ocurrido con anterioridad al veintiocho de julio de mil novecientos ochenta y ocho (1988). La cesión gratuita, mediante escritura pública, se efectuará a favor de los ocupantes. Las demás entidades públicas podrán efectuar la cesión en los términos aquí señalados.*

Por su parte, la Ley 1001 de 2005 reprodujo literalmente en el artículo 2⁶ las citadas expresiones, con la única salvedad de que la fecha que indica es el 30 de noviembre de 2001. Del cotejo de ambas normas se desprende que, por efecto de la Ley 9, las posesiones ilegales allí regularizadas eran las anteriores al 28 de julio de 1998; y por efecto de la 1001, las posesiones regularizadas fueron las anteriores al 30 de noviembre de 2001.

Con la expedición del Plan Nacional de Desarrollo 2018 -2022 *Pacto por Colombia, pacto por la equidad*, mediante la Ley 1955 de 2019, se estableció en el artículo 277, el procedimiento de la cesión a título gratuito o enajenación onerosa de bienes⁷.

⁵ Por la cual se dictan normas sobre Planes de Desarrollo Municipal, Compra - Venta y Expropiación de Bienes y se dictan otras disposiciones.

⁶ Por el cual se modificó el artículo 14 de la Ley 708 de 2001, por la cual se establecen normas relacionadas con el subsidio Familiar para vivienda de interés social y se dictan otras disposiciones.

⁷ **ARTÍCULO 277. CESIÓN A TÍTULO GRATUITO O ENAJENACIÓN DE BIENES FISCALES.** *Modifíquese el artículo 14 de la Ley 708 de 2001, el cual quedará así:*

Artículo 14. Cesión a título gratuito o enajenación de dominio de bienes fiscales. Las entidades públicas podrán transferir mediante cesión a título gratuito la propiedad de los bienes inmuebles fiscales o la porción de ellos, ocupados ilegalmente con mejoras y/o construcciones de destinación económica habitacional, siempre y cuando la ocupación ilegal haya sido efectuada por un hogar que cumpla con las condiciones para ser beneficiario del subsidio de vivienda de interés social y haya ocurrido de manera ininterrumpida con mínimo diez (10) años de anterioridad al inicio del procedimiento administrativo. La cesión gratuita se efectuará mediante resolución

De acuerdo con la mencionada norma, se establece, entre otros aspectos, que: (i) *la ocupación ilegal haya sido efectuada por un hogar que cumpla con las condiciones para ser beneficiario del subsidio de vivienda de interés social y haya ocurrido de manera ininterrumpida con mínimo diez (10) años de anterioridad al inicio del procedimiento administrativo;* (ii) *en las resoluciones administrativas de transferencia mediante cesión a título gratuito, se constituirá patrimonio de familia inembargable;* (iii) *la cesión solo procederá siempre y cuando el beneficiario asuma y acredite el cumplimiento de las obligaciones fiscales pendientes de pago con la entidad territorial, generadas por el inmueble a titular por concepto de impuesto predial.*

Un requisito *sine qua non* para la cesión a título gratuito de un bien fiscal⁸, es que el hogar ocupante cumpla con las condiciones para ser beneficiario del Subsidio Familiar de Vivienda de Interés Social, el cual corresponde a un aporte estatal en dinero o en especie entregado por una sola vez al hogar beneficiario, que no se restituye y que constituye un complemento para facilitar la adquisición de vivienda nueva, construcción en sitio propio o mejoramiento de vivienda de interés social.⁹

En cuanto a las limitaciones a la aplicación de esta norma, el artículo 2.1.2.2.4 del Decreto 1077 de 2015 establece unas temporales relacionadas con la residencia y la venta del bien, y otra referente con la acreditación del cumplimiento de los requisitos establecidos en las normas vigentes para ser beneficiarios del subsidio familiar de vivienda.

De la misma forma indica, que no será aplicable cuando las viviendas con que se ocupe el bien fiscal hayan sido construidas en ejecución de proyectos de vivienda con recursos de entidades públicas del orden nacional o territorial, ni en favor de personas que sean meros tenedores de bienes inmuebles por cuenta de entidades públicas o de particulares o de aquellos que aleguen la condición de ocupantes, sin hacer uso del inmueble en su carácter de vivienda.

administrativa, la cual constituirá título de dominio y una vez inscrita en la correspondiente Oficina de Registro de Instrumentos Públicos, será plena prueba de la propiedad.

En ningún caso procederá la cesión anterior tratándose de inmuebles con mejoras construidas sobre bienes de uso público o destinados a la salud y a la educación. Tampoco procederá cuando se trate de inmuebles ubicados en zonas insalubres o zonas de alto riesgo no mitigable o en suelo de protección, de conformidad con las disposiciones locales sobre la materia.

PARÁGRAFO 1o. *Para bienes inmuebles fiscales ocupados ilegalmente con mejoras que no cuenten con destinación económica habitacional, procederá la enajenación directa del predio fiscal por su valor catastral vigente a la fecha de la oferta. El Gobierno nacional reglamentará la materia.*

PARÁGRAFO 2o. *Para los procesos de cesión a título gratuito o enajenación de dominio de bienes fiscales, no aplicarán las restricciones de transferencia de derecho real o aquella que exige la residencia transcurridos diez (10) años desde la fecha de la transferencia, establecidas en el artículo 21 de la Ley 1537 de 2012.*

PARÁGRAFO 3o. *En las resoluciones administrativas de transferencia mediante cesión a título gratuito, se constituirá patrimonio de familia inembargable.*

PARÁGRAFO 4o. *La cesión de la que trata el presente artículo solo procederá siempre y cuando el beneficiario asuma y acredite el cumplimiento de las obligaciones fiscales pendientes de pago con la entidad territorial, generadas por el inmueble a titular por concepto de impuesto predial.*

PARÁGRAFO 5o. *Las administraciones municipales o distritales podrán suprimir de los registros y cuentas de los contribuyentes de su jurisdicción mediante los procedimientos de saneamiento contable, las deudas a cargo del cedente por conceptos de tributos a la propiedad raíz respecto al bien cedido en el marco de este artículo.*

⁸ Ver el Artículo 674 del Código Civil, que establece: Se llaman bienes de la Unión aquéllos cuyo dominio pertenece a la República. Si además su uso pertenece a todos los habitantes de un territorio, como el de calles, plazas, puentes y caminos, se llaman bienes de la Unión de uso público o bienes públicos del territorio. Los bienes de la Unión cuyo uso no pertenece generalmente a los habitantes, se llaman bienes de la Unión o **bienes fiscales**. (Negrilla fuera de texto).

⁹ <http://www.minvivienda.gov.co/viceministerios/viceministerio-de-vivienda/subsidio-de-vivienda>

Frente a las obligaciones que determina el Decreto 1077 de 2015 para las entidades públicas vinculadas al proceso, podemos señalar las siguientes:

1. El artículo 2.1.2.2.2.6 señala que la Entidad titulara establecerá los casos en que los inmuebles tienen el carácter de vivienda de interés social. Para determinar este carácter se debe realizar, por cualquiera de las entidades facultadas para tal efecto, un avalúo que tendrá por objeto establecer si el valor de la vivienda es igual o inferior al tope previsto por el Plan Nacional de Desarrollo para la vivienda de interés social vigente.
2. El artículo 2.1.2.2.2.7 establece la obligación para la entidad titulara de realizar el cruce y validación de la información ante FONVIVIENDA, para lo cual deberá remitir la lista de los ocupantes, con sus números de cédula, vinculados al proyecto de titulación y la identificación catastral de los predios solicitados. Este Fondo entregará el resultado del cruce a la entidad titulara indicando los ocupantes que se encuentren beneficiados por el proyecto, así como los que resultaren impedidos para recibir el beneficio y la descripción de los motivos de la exclusión.
3. Una vez recibida esta información, la entidad cuenta con un término de quince días hábiles para dar inicio a los trámites de la publicación de un aviso en un periódico de amplia circulación del lugar donde se quiera implementar el proyecto en los términos del artículo 2.1.2.2.2.8 del Decreto 1077 de 2015. El artículo 2.1.2.2.2.10 *ibídem*, a su vez, establece los requisitos para la expedición del acto administrativo de transferencia a los ocupantes beneficiarios.

Atendiendo a lo señalado, se puede concluir, que de cumplir los requisitos establecidos en la normatividad señalada, podría ser procedente la aplicación de lo establecido en el artículo 277 de la Ley 1955 de 2019, al caso concreto que originó la presente solicitud de concepto.

No obstante, y en atención a que de los mismos hechos narrados por la Regional Cauca, se observa que los ocupantes del predio manifestaron en su momento la intención de comprar al ICBF la tercera parte del terreno que ocupan de manera proporcional a la parte ocupada por cada familia, se considera que se debe proceder a la enajenación onerosa del predio, siguiendo la normatividad señalada líneas atrás.

Lo anterior, teniendo en cuenta la naturaleza misional del ICBF, relacionada con la protección y garantía de los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes, población que goza de protección especial y reforzada por la Constitución Política, se hace obligatorio que todos los esfuerzos por obtener y conservar recursos para destinarlos en los programas que adelanta el Instituto, sean prioritarios para todas las áreas de la Entidad.

Precisamente, sobre la protección especial de la niñez y la promoción del interés superior de los niños, niñas y adolescentes, como sujetos de protección constitucional reforzada, la Honorable Corte Constitucional, como máxima autoridad en materia de interpretación de la Constitución, en reiterada jurisprudencia ha determinado, entre otros aspectos, lo siguiente:

4.1. La familia, la sociedad y el Estado están obligados a asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos, siempre orientados por el criterio primordial de la prevalencia del interés superior de los niños, niñas y adolescentes, como sujetos de protección constitucional.

4.1.1. De conformidad con nuestra Carta Política los derechos de los niños prevalecen sobre los de los demás (Art. 44, par. 3º, Superior), contenido normativo que incluye a los niños y niñas en un lugar primordial en el que deben ser especialmente protegidos, dada su particular vulnerabilidad al ser sujetos que empiezan la vida, que se encuentran en situación de indefensión y que requieren de especial atención por parte de la familia, la sociedad y el Estado¹⁰ y sin cuya asistencia no podrían alcanzar el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad. En este sentido, el actual Código de la Infancia y la Adolescencia¹¹ señala que se debe “garantizar a los niños, a las niñas y a los adolescentes su pleno y armonioso desarrollo para que crezcan en el seno de la familia y de la comunidad, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión” donde “prevalecerá el reconocimiento a la igualdad y la dignidad humana, sin discriminación alguna”¹². En ese orden, el principio del interés superior del niño, es un criterio “orientador de la interpretación y aplicación de las normas de protección de la infancia que hacen parte del bloque de constitucionalidad y del Código de la Infancia y la Adolescencia”¹³, además de ser un desarrollo de los presupuestos del Estado Social de Derecho y del principio de solidaridad^{14, 15}

Conforme con lo anterior, no se explica esta Oficina que se descarte la facultad de realizar una enajenación onerosa del bien, para revisar la procedencia de realizar una donación o una transferencia a título gratuito, cuando los mismos ocupantes del predio están interesados en su compra, y aun cuando en la actualidad ya no prosiga dicho interés, se puede proceder a su enajenación. Por lo que se considera que lo procedente, pertinente y acorde a la misión que tiene que cumplir el Instituto, es la enajenación onerosa del bien.

Para resolver el punto 3.4 de la solicitud de concepto, relacionada con el pago del impuesto predial en inmuebles en los que el ICBF tiene copropiedad y se encuentran ocupados, esta Oficina considera necesario tener en cuenta las siguientes consideraciones:

¹⁰ Ley 1098 de 2006. Artículo 2. “Objeto. El presente código tiene por objeto establecer normas sustantivas y procesales para la protección integral de los niños, las niñas y los adolescentes, garantizar el ejercicio de sus derechos y libertades consagrados en los instrumentos internacionales de Derechos Humanos, en la Constitución Política y en las leyes, así como su restablecimiento. Dicha garantía y protección será obligación de la familia, la sociedad y el Estado”.

¹¹ Ley 1098 de 2006 “Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia”, normatividad que reemplazó el Código del Menor, y buscó armonizar la legislación interna con la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, ratificada por Colombia en 1991. El Código de la Infancia y la Adolescencia ha sido modificado en diferentes oportunidades y la última de ellas fue la efectuada por medio de la Ley 1878 de 2018, publicada en el Diario Oficial del 9 de enero de 2018.

¹² Código de la Infancia y la Adolescencia, Ley 1098 de 2006, artículo 1.

¹³ Sentencia T-557 de 2011. M.P. María Victoria Calle Correa. En esta oportunidad se estudió una acción de tutela interpuesta por el padre de dos menores de edad, con el fin de obtener el amparo de sus derechos fundamentales al debido proceso, a la defensa y a la unidad familiar, así como el derecho de sus hijos a una protección especial, los cuales consideró vulnerados por el ICBF, al haber otorgado la custodia provisional de sus hijos a la abuela materna de los niños, cuya titularidad radicaba en él, por orden judicial y sin haberle notificado del inicio del procedimiento administrativo, ni de la decisión en él adoptada.

¹⁴ Sentencia T-514 de 1998. M.P. José Gregorio Hernández. En esta decisión, la Corte protegió los derechos de los niños, a quienes considera, que, a pesar de ser la esperanza de la sociedad, son al mismo tiempo objeto de maltrato y abandono. Afirmando que una comunidad que no proteja especialmente a los menores mata toda ilusión de avanzar en la convivencia pacífica y en el propósito de lograr un orden justo (Preámbulo y artículo 2 C.P.) El Estado, no puede poner barreras o hacer exclusiones en torno a este derecho cuando se trata de los niños”.

¹⁵ Corte Constitucional. Sentencia T-468 de 2018. M. P. DIANA FAJARDO RIVERA.

El artículo 2322 del Código Civil, señala que la comunidad de una cosa sea universal o singular, es una especie de cuasicontrato existente entre dos o más personas a quienes les pertenece aquella, sin que ninguna de ellas haya celebrado un contrato de sociedad u otra convención relativa a la cosa.

Respecto de las deudas de la comunidad, el artículo 2325 del Código Civil establece:

A las deudas contraídas en pro de la comunidad durante ella, no es obligado sino el comunero que las contrajo; el cual tendrá acción contra la comunidad para el reembolso de lo que hubiere pagado por ella.

Si la deuda ha sido contraída por los comuneros colectivamente, sin expresión de cuotas, todos ellos, no habiendo estipulado solidaridad, son obligados al acreedor por partes iguales; salvo el derecho de cada uno contra los otros, para que se le abone lo que haya pagado de más sobre la cuota que le corresponda. (Negrilla y subrayado fuera de texto).

Por su parte, en relación al impuesto predial se encuentran las siguientes normas generales que regulan el tema:

- La Ley 44 de 1990 *por la cual se dictan normas sobre catastro e impuestos sobre la propiedad raíz, se dictan otras disposiciones de carácter tributario y se conceden unas facultades extraordinarias*, establece en su artículo 2: *Administración y recaudo del impuesto. El Impuesto Predial Unificado es un impuesto del orden municipal. La administración, recaudo y control de este tributo corresponde a los respectivos municipios.*

- La Ley 1430 de 2010 *Por medio de la cual se dictan normas tributarias de control y para la competitividad*, en su artículo 54, modificado por el artículo 150 de la Ley 2010 de 2019, establece los sujetos pasivos de los impuestos territoriales en los siguientes términos: *Son sujetos pasivos de los impuestos departamentales y municipales, las personas naturales, jurídicas, sociedades de hecho y aquellas en quienes se realicen el hecho gravado a través de consorcios, uniones temporales, patrimonios autónomos en quienes se figure el hecho generador del impuesto.*

La referida Ley 1430 de 2010, en el artículo 60, determina la naturaleza del impuesto predial al señalar:

CARÁCTER REAL DEL IMPUESTO PREDIAL UNIFICADO. *El impuesto predial unificado es un gravamen real que recae sobre los bienes raíces, podrá hacerse efectivo con el respectivo predio independientemente de quien sea su propietario, de tal suerte que el respectivo municipio podrá perseguir el inmueble sea quien fuere el que lo posea, y a cualquier título que lo haya adquirido.*

Así mismo, la Ley 44 de 1990, indica que los municipios, a través de Acuerdos, regulan lo correspondiente a dicho tributo, definiendo aspectos como los sujetos pasivos, el hecho generador, la base gravable, las tarifas, etc.

De otra parte, resulta de vital importancia tener en cuenta que en materia tributaria la solidaridad debe aplicarse estrictamente en los términos y para las situaciones expresamente señalados en

la ley tributaria sustancial, casos en los cuales la administración se encuentra legitimada para accionar por la totalidad de la deuda contra cualquiera de los deudores solidarios.

En el caso de los bienes que el ICBF sea dueño en común y proindiviso, se encuentra que se tiene en ellos un derecho de cuota lo que conlleva a que entre la Entidad y los demás copropietarios exista una comunidad.

Conforme con las normas antes citadas el impuesto predial es un gravamen real, es decir, que recae sobre el bien inmueble independientemente de quien sea su propietario o poseedor.

Lo anterior significa que en aquellos bienes en que el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar es propietario de un derecho de cuota, es sujeto pasivo del impuesto predial de manera solidaria con los demás propietarios o poseedores.

Considerando lo anterior, si el Instituto llegara a pagar la totalidad del gravamen causado sobre los inmuebles en que tan solo es propietario de un derecho de cuota tendría acción ejecutiva para repetir por lo pagado contra los demás comuneros. Tener en cuenta que la suma se debe tener en cuenta para determinar el valor de la venta.

Lo anterior no obsta para que se estudie en cada caso en concreto la normatividad expedida por la entidad territorial, a fines de establecer con claridad el sujeto pasivo del impuesto predial, que como se explicó, corresponde a dichas autoridades su reglamentación.

4. CONCLUSIONES y RECOMENDACIONES

Teniendo en cuenta el análisis de la naturaleza y misión del ICBF, y una vez establecido que los bienes inmuebles que le pertenecen no han sido destinados para el cumplimiento de sus fines y que su enajenación no está prohibida por la ley, aquellos que presentan situación de propiedad común y proindiviso, se considera que esta situación no impide su enajenación onerosa.

Así, salvo que exista una medida administrativa o jurisdiccional que los saque del comercio, podrán venderse dichos bienes, por lo que se debe considerar su inclusión en el Plan de Enajenación Onerosa atendiendo las recomendaciones señaladas en la Guía para la Gestión de los Bienes en el ICBF. En consecuencia, esta Oficina presenta las siguientes conclusiones:

1. Respecto a si es procedente la donación de inmuebles propiedad del ICBF:

En atención a lo establecido en el artículo 355 de la Constitución Política no es procedente la donación de inmuebles propiedad del ICBF a particulares.

2. Frente al problema jurídico relacionado con la procedencia de adelantar la cesión de los derechos de cuota por parte del ICBF a los ocupantes del predio.

Según el marco normativo y el análisis jurídico realizado es procedente la transferencia a título gratuito de bienes fiscales, cuando se cumplan las exigencias determinadas en la Ley

1955 de 2019 que lo establece y siguiendo el procedimiento determinado en el Decreto 1077 de 2015 que lo reglamenta.

No obstante, y antes de considerar esta alternativa, esta Oficina estima que para el caso planteado que motivó este concepto, no es pertinente la transferencia a título gratuito, por cuanto de la lectura del caso se observa que el bien puede ser enajenado incluso a los poseedores actuales del predio. En consecuencia, conforme con la naturaleza y la misión institucional, y teniendo en cuenta el interés superior de los niños, niñas y adolescentes, se recomienda proceder a la enajenación onerosa del bien.

3. Se recomienda acatar en todas sus etapas los procedimientos de enajenación de bienes establecidos en el Decreto 1077 de 2015, y la Guía de Gestión de Bienes del ICBF, obteniendo en su ejecución y en la medida que sea posible las condiciones más favorables para la Entidad.
4. Se recomienda a la Dirección Administrativa y al Comité de Gestión de Bienes de la Sede de la Dirección General, verificar la utilidad de los bienes teniendo en cuenta las necesidades actuales para el cumplimiento de la misión del ICBF. Así mismo, proceder al apoyo a la Regional para realizar el avalúo y demás trámites que se requieran durante el proceso de enajenación.
5. Frente al problema jurídico relacionado con el manejo del pago del impuesto predial por parte de ICBF sobre los inmuebles en los que tiene copropiedad, pero se encuentran ocupados, lo que conlleva a que entre la Entidad y los demás copropietarios exista una comunidad, se concluye que el Instituto es sujeto pasivo del impuesto predial de manera solidaria con los demás propietarios o poseedores.

En este caso se recomienda, que cuando el Instituto pague la totalidad del gravamen causado sobre dichos inmuebles, adelantar la acción ejecutiva para repetir por lo no pagado contra los demás comuneros, si y solo si, se ha comprobado de manera eficaz que el ocupante no ha pagado este impuesto por la parte que tiene bajo ocupación.

Finalmente también se recomienda verificar la normatividad expedida al respecto, por la entidad territorial.

La presente respuesta tiene naturaleza de concepto jurídico y constituye un criterio auxiliar de interpretación de conformidad con los establecido en los artículos 26 del Código Civil y 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, sustituido por el artículo 1º de la Ley 1755 de 2015. No obstante lo anterior, tiene carácter vinculante para las dependencias internas del Instituto y terceros que colaboren en la prestación del servicio público o en el desarrollo de la función administrativa de competencia del ICBF, en virtud de la función asignada a la Oficina Asesora Jurídica de mantener la unidad doctrinaria e impartir las directrices jurídicas necesarias para el desarrollo de las funciones del Instituto, de conformidad con los numerales 8 y 15 del Artículo 6º del Decreto 987 de 2012.

Cordialmente,



Instituto Colombiano de Bienestar Familiar

Cecilia De la Fuente de Lleras

Oficina Asesora Jurídica

Grupo de Asesoría Jurídica

Pública



**El futuro
es de todos**

Gobierno
de Colombia

EDGAR LEONARDO BOJACÁ CASTRO

Jefe Oficina Asesora Jurídica