AL CONTESTAR CITE ESTE NÚMERO:CI-2021358743
ASUNTO: POR DEFECTO
DEPENDENCIA: 212 - DIRECCION DE CONCEPTOS Y ESTUDIOS JURIDICOS

Bogotá, D.C. 10-11-2021

Doctora
MARTHA CAROLA MONROY PERILLA
Directora Operativa Secretaria General
Calle 26 N° 51-53 Piso 3
Teléfono 601 7444925
marthacarola.monroy@cundinamarca.gov.co
Gobernación de Cundinamarca
Bogotá D.C.

Asunto: Su solicitud de consulta radicación Sistema de Gestión Documental Mercurio N° 2021349310 de Noviembre 3 de 2011, reparto 5 de Noviembre de 2011.

Respetada Doctora:

En atención a la inquietud formulada en el oficio mencionado en el asunto, dentro de los términos de Ley se procede a dar respuesta, lo anterior en el marco de las competencias asignadas a la Dirección de Conceptos y Estudios Jurídicos de la Secretaría Jurídica de Cundinamarca, advirtiendo que las consideraciones aquí expresadas tienen un carácter general y abstracto, y su alcance se limita al establecido en el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011, modificado por el artículo 1° de la Ley 1755 del 30 de junio de 2015.

- **TEMA OBJETO DE LA CONSULTA**

Se solicita concepto jurídico sobre si las entidades públicas de orden departamental pueden suscribir contratos interadministrativos de comodato con entidades sin ánimo de lucro.

NORMATIVIDAD.

Respecto los sujetos de que trata la presente consulta es preciso distinguir entre entidades estatales y Entidades sin ánimo de lucro ESAL, para lo pertinente traeremos a colación normatividad y definiciones doctrinales:

En cuanto a entidades estatales en materia contractual la Ley 80 de 1993 establece:

"(…) ***ARTÍCULO 2o. DE LA DEFINICIÓN DE ENTIDADES, SERVIDORES Y SERVICIOS PÚBLICOS.*** *Para los solos efectos de esta ley:*

1o. Se denominan entidades estatales:

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. (…)"

Respecto las entidades sin ánimo de lucro ESAL, la DIAN la define así:

"*Las Entidades sin Ánimo de Lucro - ESAL* *son personas jurídicas legalmente constituidas cuyos aportes, utilidades o excedentes no son reembolsados, ni distribuidos bajo ninguna modalidad, ni directa o indirectamente, ni durante su existencia, ni en el momento de su disolución y liquidación, puesto que persiguen un fin social o comunitario. Los rendimientos o aportes obtenidos en una Entidad Sin Ánimo de Lucro son reinvertidos en el mejoramiento de sus procesos o en actividades que fortalecen la realización de su objeto social.*

Las ESAL tienen como principal fuente de ingreso los dineros recibidos por parte de personas naturales, jurídicas o entidades públicas en representación del Estado, por medio de las donaciones."

Ahora bien, respecto a los tipos de contratos es preciso distinguir entre el comodato y los convenios o contratos interadministrativos, para lo cual traemos a colación la siguiente normativa:

La Ley 80 de 1993, *"Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública"*, establece:

> ***ARTÍCULO 13. DE LA NORMATIVIDAD APLICABLE A LOS CONTRATOS ESTATALES. Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2o. del presente estatuto se regirán por las disposiciones***

> ***comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley***.
>
> *Los contratos celebrados en el exterior se podrán regir en su ejecución por las reglas del país en donde se hayan suscrito, a menos que deban cumplirse en Colombia.*
>
> *Los contratos que se celebren en Colombia y deban ejecutarse o cumplirse en el extranjero, podrán someterse a la ley extranjera (...)"* (Subrayado y negrita fuera de texto)

Por último y en virtud de lo dispuesto por el artículo 13 de la Ley 80 de 1993 que instituye la regulación de la Ley Civil para los contratos celebrados por entidades como los Departamentos, se acude al Código Civil por no existir regulación específica en la precitada ley de Contratación de la Administración Pública.

El contrato de comodato o préstamo de uso, es definido por el artículo 2200 del Código Civil, en los siguientes términos:

> **ARTICULO 2200. DEFINICION Y PERFECCIONAMIENTO DEL COMODATO O PRESTAMO DE USO.** El comodato o préstamo de uso es un contrato en que la una de las partes entrega a la otra gratuitamente una especie mueble o raíz, para que haga uso de ella, y con cargo de restituir la misma especie después de terminar el uso.

Frente a los convenios y contratos interadministrativos:

ARTICULO 95. ASOCIACION ENTRE ENTIDADES PÚBLICAS. <Artículo CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE> Las entidades públicas podrán asociarse con el fin de cooperar en el cumplimiento de funciones administrativas o de prestar conjuntamente servicios que se hallen a su cargo, mediante la celebración de convenios interadministrativos o la conformación de personas jurídicas sin ánimo de lucro.

Las personas jurídicas sin ánimo de lucro que se conformen por la asociación exclusiva de entidades públicas, se sujetan a las disposiciones previstas en el Código Civil y en las normas para las entidades de este género. Sus Juntas o Consejos Directivos estarán integrados en la forma que prevean los correspondientes estatutos internos, los cuales proveerán igualmente sobre la designación de su representante legal.

Ahora bien, frente a los contratos interadministrativo, el Decreto 1082 de 2015, lo establece como una causal de la contratación directa:

"*Artículo 2.2.1.2.1.4.4. Convenios o contratos interadministrativos.* *La modalidad de selección para la contratación entre Entidades Estatales es la contratación directa; y en consecuencia, le es aplicable lo establecido en el artículo 2.2.1.2.1.4.1 del presente decreto.*

Cuando la totalidad del presupuesto de una Entidad Estatal hace parte del presupuesto de otra con ocasión de un convenio o contrato interadministrativo, el monto del presupuesto de la primera deberá deducirse del presupuesto de la segunda para determinar la capacidad contractual de las Entidades Estatales".

Respecto la viabilidad del comodato es pertinente traer como argumentación la siguiente normativa:

Por su parte la ley 9ª de *1989 "Por la cual se dictan normas sobre planes de desarrollo municipal, compraventa y expropiación de bienes y se dictan otras disposiciones.*" en su artículo 38 dispone que para la celebración del comodato, las entidades estatales deben tener en cuenta lo siguiente:

> ***"Las entidades públicas no podrán dar en comodato sus inmuebles sino únicamente a otras entidades públicas****, sindicatos, cooperativas, asociaciones y fundaciones que no repartan utilidades entre sus asociados o fundadores ni adjudiquen sus activos en el momento de su liquidación a los mismos, juntas de acción comunal, fondos de empleados y las demás que puedan asimilarse a las anteriores, **y por un término máximo de cinco (5) años, renovables**.*
>
> *Los contratos de comodato existentes, y que hayan sido celebrados por las entidades públicas con personas distintas de las señaladas en el inciso anterior, serán renegociados por las primeras para limitar su término a tres (3) años renovables, contados a partir de la promulgación de la presente ley* (Subrayado y negrita fuera de texto)".

Respecto la Ley de Garantías Electorales y las restricciones en materia contractual:

Como es de su conocimiento, el 24 de noviembre de 2005 fue expedida la Ley 996 *"Por medio de la cual se reglamenta la elección de Presidente de la República, de conformidad con el artículo 152 literal f) de la Constitución Política de Colombia, y de acuerdo con lo establecido en el Acto Legislativo 02 de 2004, y se dictan otras disposiciones"*. La mencionada Ley establece una serie de prohibiciones y restricciones aplicables, entre otras, a la administración pública departamental, entre las que se encuentran:

> "[…] **ARTÍCULO 32**. **VINCULACIÓN A LA NÓMINA ESTATAL**. Se suspenderá cualquier forma de vinculación que afecte la nómina estatal, en la Rama Ejecutiva del Poder Público, durante los cuatro (4) meses anteriores a la elección presidencial y hasta la realización de la segunda vuelta, si fuere el caso. Se exceptúan de la presente disposición, los casos a que se refiere el inciso segundo del artículo siguiente.

PARÁGRAFO. Para efectos de proveer el personal supernumerario que requiera la Organización Electoral, la Registraduría organizará los procesos de selección y vinculación de manera objetiva a través de concursos públicos de méritos.

ARTÍCULO 33. **RESTRICCIONES A LA CONTRATACIÓN PÚBLICA**. Durante los cuatro (4) meses anteriores a la elección presidencial y hasta la realización de la elección en la segunda vuelta, si fuere el caso, queda prohibida la contratación directa por parte de todos los entes del Estado.

Queda exceptuado lo referente a la defensa y seguridad del Estado, los contratos de crédito público, los requeridos para cubrir las emergencias educativas, sanitarias y desastres, así como también los utilizados para la reconstrucción de vías, puentes, carreteras, infraestructura energética y de comunicaciones, en caso de que hayan sido objeto de atentados, acciones terroristas, desastres naturales o casos de fuerza mayor, y los que deban realizar las entidades sanitarias y hospitalarias.

(…)

ARTÍCULO 38. **PROHIBICIONES PARA LOS SERVIDORES PÚBLICOS**.

(…)
PARÁGRAFO. Los gobernadores, alcaldes municipales y/o distritales, secretarios, gerentes y directores de entidades descentralizadas del orden municipal, departamental o distrital, dentro de los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones, no podrán celebrar convenios interadministrativos para la ejecución de recursos públicos, ni participar, promover y destinar recursos públicos de las entidades a su cargo, como tampoco de las que participen como miembros de sus juntas directivas, en o para reuniones de carácter proselitista.

Tampoco podrán inaugurar obras públicas o dar inicio a programas de carácter social en reuniones o eventos en los que participen candidatos a la Presidencia y Vicepresidencia de la República, el Congreso de la República, gobernaciones departamentales, asambleas departamentales, alcaldías y concejos municipales o distritales. Tampoco podrán hacerlo cuando participen voceros de los candidatos.

No podrán autorizar la utilización de inmuebles o bienes muebles de carácter público para actividades proselitistas, ni para facilitar el alojamiento, ni el transporte de electores de candidatos a cargos de elección popular. Tampoco podrán hacerlo cuando participen voceros de los candidatos.

La nómina del respectivo ente territorial o entidad no se podrá modificar dentro de los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones a cargos de elección popular, salvo que se trate de provisión de cargos por faltas definitivas, con ocasión de muerte o renuncia irrevocable del cargo correspondiente debidamente aceptada, y en los casos de aplicación de las normas de carrera administrativa […]"

- **MARCO JURISPRUDENCIAL**

En Sentencia T-021/14[1], La Corte Constitucional definió:

El comodato o préstamo de uso, lo define el Código Civil en el artículo 2200 como aquél "en que una de las partes entrega a la otra gratuitamente una especie mueble o raíz, para que haga uso de ella y con cargo de restituir la misma especie después de terminar el uso".

Características:

A) El objeto es una cosa no consumible dada al comodatario para su uso

B) Es real: pues este contrato no se perfecciona sino por la tradición de la cosa, como lo señala el citado artículo 2200 del Código Civil.

C) Es a título gratuito pues en el momento en que el comodatario se vea obligado a pagar suma alguna por contraprestación el contrato deja de ser de comodato y se está en presencia de otro negocio jurídico. Por ello se clasifica dentro de los contratos sinalagmáticos imperfectos.

D) El comodatario asume tres obligaciones: (i) usar la cosa de acuerdo a los términos convenidos en el contrato, y en caso de no haberse pactado éste, a darle el uso ordinario que corresponda a esta clase de cosas; (ii) Conservar el bien dado en comodato; y (iii) restituir la cosa al comodante o a la persona que tenga derecho para recibirla a su nombre, según las reglas generales, al expirar el tiempo acordado, y si no se indicó plazo se entiende que debe hacerse una vez concluya el uso.

E) Es un contrato intuito personae.

F) Es principal porque no necesita de otro acto jurídico para existir, y

G) Es nominado, en cuanto está plenamente definido y reglamentado en el régimen civil.

Ante el incumplimiento de la obligación de restituir la cosa dada en comodato, el artículo 408, numeral 10, del Código de Procedimiento Civil estipulaba la posibilidad de adelantar un proceso abreviado para obtener la restitución de tenencia a cualquier título, disposición que estuvo vigente hasta el 1º de enero de 2011 en virtud del artículo

[1] Providencia del veintisiete (27) de enero dos mil catorce 2014 Expediente T-4.035.544. Magistrado Ponente: Alberto Rojas Ríos.

44 de la Ley 1395 de 2010, normativa que en el artículo 42 igualmente indicó que "las referencias al proceso ordinario y al proceso abreviado, contenidas en el Código de Procedimiento Civil, deberán entenderse hechas al proceso verbal", con lo cual la pretensión de restitución de cosa dada en comodato, es decir, a título precario, presentada antes del 1º de enero de 2014 - cuando comenzó a regir la Ley 1564 de 2012 o Código General del Proceso- está sometida a este procedimiento.

La Sección Tercera, de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en providencia de fecha nueve (9) de abril del año dos mil catorce (2014)[2], se pronunció respecto de la definición, naturaleza jurídica, objeto, fundamento y características del Contrato de Comodato, en los siguientes términos:

(...)Entre las principales características que identifican el contrato de comodato, se encuentran las siguientes: i) es esencialmente gratuito, es decir que el uso y goce entregado al comodatario no tiene contraprestación, de lo contrario se convertiría en un contrato de arrendamiento; ii) es bilateral, puesto que celebrado surgen obligaciones tanto para el comodante quien debe permitir el uso de la cosa, como para el comodatario, a quien corresponde conservar, usar y restituir el bien al término del contrato; iii) es principal, porque existe por sí mismo sin que requiera de otro acto jurídico.....

De lo dicho hasta acá se colige que mediante el contrato de comodato se traslada el uso y disfrute de un bien, de manera gratuita, con el consiguiente derecho del comodatario que lo recibe de percibir los frutos naturales o civiles que se produzcan y el compromiso de restituirlo al comodante al finalizar su uso o en el plazo y forma convenida. Se trata de un negocio jurídico tipificado y disciplinado en la legislación civil en cuanto a sus elementos, efectos, derechos y obligaciones entre las partes, que tiene por características el ser real (art. 1500 C.C.), bilateral (art. 1496 C.C.), principal (art. 1499 C.C.), nominado, intuitu persona" y esencialmente gratuito (art. 1497 C.C.) so pena de conversión en otro negocio jurídico

En virtud de este negocio jurídico, surgen las siguientes obligaciones a cargo del comodatario: i) usar la cosa únicamente para el uso convenido o, a falta de éste, para el uso ordinario propio de su clase, so pena de reparar todo perjuicio y restituir en forma inmediata el bien (art. 2002 del C.C.); ii) emplear el mayor cuidado en la conservación de la cosa y responder, si el comodato se hubiere acordado en pro del comodatario, hasta de culpa levísima, si lo fuere de ambas partes, de culpa grave y, si del comodante, de culpa lata, por todo deterioro que no provenga de la naturaleza o del uso legítimo de la cosa (arts. 2003 y 2004 del C.C.); iii) responder

[2] Radicación número: 85001-23-31-000-2000-00178-01(23040). Consejero ponente: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA.

del caso fortuito, cuando empleó la cosa en un uso indebido o demoró su restitución, a menos que se acredite que el deterioro o pérdida hubiera sobrevenido igualmente sin el uso ilegítimo o la mora, así como cuando éste ha sobrevenido por culpa suya, o cuando, en la alternativa de salvar de un accidente la cosa prestada o la propia, prefirió deliberadamente la suya y cuando expresamente se ha hecho responsable del caso fortuito (art. 2003 del C.C.); y iv) restituir la cosa prestada en el tiempo convenido o, a falta de convención, después de su uso, restitución que podrá exigirse aún antes de tiempo si muere el comodatario, o le sobreviene al comodante una obligación imprevista y urgente de la cosa, o no tiene lugar el servicio para el cual se ha prestado la cosa (art. 2005 del C.C.) (…)"

CONCEPTO.

Los convenios interadministrativos son herramientas del derecho público, cuya finalidad ulterior consiste en facilitar y convertirse, en un medio idóneo para agilizar y hacer mucho más viable y expedita la contratación entre entidades públicas, de una forma excepcional, a la regla general que existe para las demás modalidades de contratación, que se encuentran previstas en la Ley 80 de 1993, y permiten, acorde al espíritu de la Ley 489 de 1998 que se dé una transferencia de competencia entre entes estatales, para cumplir con los fines de la actividad pública, y por ende con los fines del Estado, que se encuentran en el artículo 2 de nuestra carta magna.

Vale decir que los **contratos interadministrativos** son los celebrados entre las entidades señalados en el artículo 2 de la Ley 80 de 1993.

Ahora, las entidades sin ánimo de lucro - ESAL - son personas jurídicas, capaces de ejercer derechos y contraer obligaciones, de ser representadas judicial y extrajudicialmente, con sujeción a las disposiciones legales y a sus propios estatutos, las cuales nacen por voluntad de sus asociados o por la libertad de disposición de los bienes de los particulares, para la realización de fines altruistas, gremiales o de beneficio comunitario, por ende son personas jurídicas distintas de la Entidades estatales ,es decir son personas jurídica de derecho privado.

Hecha la anterior distinción, se precisa que la suscripción de contratos con ESAL no está encausado en la causal de contratación directa denominada contratos o convenios interadministrativos, dado que la naturaleza de la ESAL es eminentemente privada.

Realizadas las anteriores precisiones, nos concentraremos en lo que respecta al contrato de comodato, el cual tiene por objeto la transferencia del derecho al uso y al goce del bien al comodatario, de igual forma debemos resaltar que de conformidad con lo previsto en la Ley de contratación pública vigente, las entidades estatales están facultades para celebrar este tipo de contratos de comodato regulado por las normas del derecho privado, observando los limites señalados en las normas especiales sobre la materia, en

cuanto al tiempo máximo de duración y la destinación o el usos que se le vaya a dar al bien en el caso concreto, es decir los parámetros contemplados en la ley 9 de 1989, en su artículo 38 anteriormente señalado.

Bajo este contexto, cuando precisamente el contrato de comodato se celebra entre una entidad estatal, y una entidad privada sin ánimo de lucro de reconocida idoneidad, se requiere que los programas que se pretendan fomentar con el mismo, deben tener unan relación de medio a fin acorde con lo prescrito en el artículo 355 superior, al respecto el Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, en concepto de Julio veinticuatro(24) de dos mil tres (2003) Referencia: Radicación: 1.510, preceptuó:

[…]*A juicio de la Sala, tanto la limitación prevista en la ley 9 de 1989, respecto a las características de los comodatarios de un bien público, como la disposición constitucional prevista en el artículo 355 y los decretos reglamentarios y el deber de colaboración que, especialmente, corresponde a las personas jurídicas sin ánimo de lucro que reciben este tipo de bienes (artículo 3º de la ley 80 de 1993),* ***permiten afirmar que la destinación que haga el comodatario del bien propiamente tal y de sus frutos, no puede apartarse de la finalidad social que tanto los bienes fiscales, como de uso público están llamados a prestar****. Lo anterior, sin perjuicio, obviamente, en el caso de las asociaciones o fundaciones de los gastos necesarios para el sostenimiento y existencia de las mismas.* […]" (subrayado fuera de texto)

Por consiguiente podemos afirmar que es viable jurídicamente suscribir por parte de una entidad pública un contrato de comodato con una persona de derecho privado sin ánimo de lucro, caso concreto en el objeto de la consulta, en el que se especifiquen claramente las obligaciones del comodante y el comodatario, advirtiendo que el termino o expresión interadministrativo se predica es el de celebrados entre entidades públicas. Y que la Ley 80 de 1993 en el inciso 1 del artículo 13 estableció que los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2 de dicha norma, se rigen por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en la misma disposición legal.

Así las cosas, resta dar claridad en cuanto a la ley de garantías electorales establecidas en la Ley 996 de 2004, las prohibiciones y restricciones rigen para diferentes elecciones; las de los artículos 32 y 33 para la elección presidencial y las del parágrafo del artículo 38 para cualquier certamen electoral, por lo tanto a la fecha se encuentran únicamente prohibidos los convenios interadministrativos, por lo tanto a la fecha no se encuentra restricción alguna frente a los comodatos que se celebren con entidades sin ánimo de lucro, para mayor ilustración me permito remitir la circular 016 del 26 de noviembre de 2021 la cual da claridad al respecto.

El presente concepto aquí emitido, tiene el alcance establecido en la Sentencia de la Corte Constitucional C-487 del 26 de septiembre de 1996, Magistrado Ponente Doctor Antonio Barrera Carbonell, expediente D-1242, en la cual se estableció:

"[…] Los conceptos no constituyen, en principio, una decisión administrativa, es decir, una declaración que afecte la esfera jurídica de los administrados, en el sentido de que se les imponga mediante ellos deberes u obligaciones o se les otorguen derechos. Cuando se produce a instancia de un interesado, éste queda en libertad de acogerlo o no y, en principio, su emisión no compromete la responsabilidad de las entidades públicas, que los expiden, ni las obliga a su cumplimiento o ejecución […]"

Cordialmente,



ERICK GALEANO BASABE
Director de Conceptos y Estudios Jurídicos

Proyectó: Fernando Laverde
Profesional Universitario.