

MEMORANDO

450

PARA: **RICARDO ANTONIO RODRÍGUEZ CÁRDENAS**

Alcalde Local de Ciudad Bolívar

DE: **Director de Contratación**

ASUNTO: Respuesta solicitud alcance de concepto jurídico rad. No. 20206920840441

Respetado señor Alcalde,

Reciba un cordial saludo, conforme al memorando del asunto, la Dirección de Contratación en el marco de sus competencias procede a dar respuesta a la solicitud de concepto en los siguientes términos:

1. COMPETENCIA DIRECCION DE CONTRATACION

Conforme con lo dispuesto en el literal M del artículo 25 del Decreto Distrital 411 de 2016, cuyo tenor indica:

“Artículo 25 Dirección de Contratación. Corresponde Dirección de Contratación (sic) el ejercicio de las siguientes funciones: (...)

m. Atender las peticiones, requerimientos y emitir los conceptos relacionados con asuntos de su competencia”

2. ALCANCE DE LOS CONCEPTOS JURIDICOS

Reviste de especial relevancia, recalcar la disposición contenida en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo que establece: *“Alcance de los conceptos. Salvo disposición legal en contrario, los conceptos emitidos por las autoridades como respuestas a peticiones realizadas en ejercicio del derecho a formular consultas no serán de obligatorio cumplimiento o ejecución”*

En tal sentido, la doctrina administrativa en Colombia frente a los conceptos, ha enseñado que estos *“no obligan a la administración (...) No son actos administrativos, en la medida que no adoptan decisiones, ni están llamados a producir efectos jurídicos”* (Jaime Orlando Santofimio TRATADO DE DERECHO ADMINISTRATIVO Tomo II pag 196 y ss). Por su parte en la obra EL ACTO ADMINISTRATIVO Tomo I pag. 228 y ss, el profesor Gustavo Penagos, profundizó así *“los conceptos que emitan las autoridades (...) ni comprometen la responsabilidad de la entidad ni son de obligatorio cumplimiento o ejecución, simplemente, por tratarse de meros conceptos, que no contienen decisiones, sino pareceres o criterios de la respectiva entidad”*. El mismo autor indica que en virtud del parágrafo del artículo 57 del Decreto 2117 de 1992, solamente se pueden considerar obligatorios los conceptos emitidos por la DIAN, mediante su Subdirección Jurídica, y su desconocimiento podrá acarrear sanción disciplinaria.

Por otro lado, existe importante jurisprudencia del Consejo de Estado sobre la materia, a saber *“De la formulación de consultas escritas o verbales las autoridades, en relación con las materias a su cargo, y en relación con las respuestas, establecen que ellas no comprometen la responsabilidad de las entidades que las atienden, ni serán de obligatorio cumplimiento o ejecución. Mediante los conceptos se absuelven consultas tanto de funcionarios como de particulares formuladas en procura de conocer, desde el*

punto de vista jurídico, criterios y opiniones acerca del problema consultado..." (Sección Primera, Auto mayo 6 de 1994, M.P. Yesid Rojas Serrano).

En igual sentido mediante sentencia de la Sección Segunda del 06 de febrero de 1997, radicado 7736 se sostuvo que los conceptos jurídicos *"no contienen una decisión capaz de crear, modificar, ni extinguir situación jurídica de ninguna índole, ya sea de carácter general o particular"*. Y otra jurisprudencia fue enfática en señalar que *"Fácilmente se advierte que la simple opinión de un funcionario en un caso particular, no tiene virtualidad alguna de obligatoriedad"*¹

En este orden de ideas, es preciso concluir que por expresa disposición normativa e imperativo jurisprudencial, a la Dirección de Contratación le ha sido asignada la función atender las peticiones, requerimientos y emitir los conceptos relacionados con asuntos de su competencia, los cuales no obligan tal como se ha argumentado con suficiencia, y en ningún caso tiene el deber de actuar como "tercero imparcial" (tal como lo indica el memorando de solicitud) para dirimir la situación jurídica expuesta entre el DADEP y el FDLCB frente a la deuda que existe de administración y servicios públicos de los locales referenciados, pues sin mayor explicación es sabido que la Secretaría de Gobierno no funge como tercero en calidad de imparcial, y el Fondo de Desarrollo Local hace parte de la estructura organizacional de la Secretaría, a la luz del artículo 2 del Decreto Distrital 411 de 2016. Se recuerda que toda controversia o diferencia sobre aspectos contractuales entre entidades públicas debe ser resuelta por medios tales como los mecanismos alternativos de solución de conflictos, de conformidad con las Leyes 446 de 1998, 640 de 2001, 1285 de 2009 y el Decreto 1716 de 2009 incorporado en el Decreto Único 1069 de 2015 y dado el caso, la conciliación extrajudicial que adelanta la Procuraduría General, se convierte en el instrumento pertinente y conducente, si así lo consideran las partes, según lo pactado concretamente en la cláusula décima del Convenio Interadministrativo de Entrega de Inmueble N°110-129-188-2013 del 29 de Agosto de 2013 (solución de controversias contractuales).

3. ANTECEDENTES PREVIOS

3.1 Mediante memorando N° 20204500271383 del 22 de septiembre de los corrientes, la Dirección de Contratación en el marco de sus competencias dio respuesta al numeral 2 de la solicitud de concepto 20204211585742 remitido por la Alcaldía Local de Ciudad Bolívar referida a *"Indicar si a la fecha resulta pertinente incluir los locales comerciales en el programa de seguros vigente del FDLCB o ante el incumplimiento que se dio por parte de quienes suscribieron dichos convenios de comodato, con la simple carta de siniestralidad, jurídicamente es posible que el DADEP pueda recibir los inmuebles, más cuando el aseguramiento no puede ser retroactivo?"* a lo cual se indicó que las garantías no pueden ser pactadas con posterioridad a la celebración y ejecución de los convenios de comodato y por ende no es admisible la retroactividad.

3.2 Constituye también un antecedente, el radicado 20201800269263 de fecha 19 de septiembre de la presente anualidad, en el que la Dirección Jurídica se refirió a la consulta formulada por el FDL sobre cuál de las dos entidades, DADEP o FDLCB, debe asumir el pago de las cuotas de administración y servicios públicos de los locales del Centro Comercial Metrosur, a lo cual dicha dependencia contestó que *"considera que deberán programar una mesa de trabajo entre las partes que suscribieron el convenio interadministrativo de comodato, en compañía de la Subsecretaria de Gestión Local, la Dirección para la Gestión del Desarrollo Local y la Dirección Administrativa, con el ánimo de concretar objetivos y establecer responsabilidades para el pago de las cuotas de administración y servicios públicos de los locales del Centro Comercial Metrosur. Lo anterior, teniendo en cuenta las diferencias que se han presentado para la entrega de los inmuebles"*

¹ Consejo de Estado. Sección Cuarta, Auto Diciembre 13 de 1976.

4. CONTEXTO JURÍDICO

El contrato de comodato o préstamo de uso, se encuentra definido por el artículo 2200 del Código Civil como aquel en el que una de las partes que se denomina comodante hace entrega en forma gratuita, de un bien mueble o inmueble para que se haga uso de él, el cual deberá ser restituido en las mismas condiciones iniciales **después de terminar el uso para el cual fue convenido**, de tal forma que el contrato se perfecciona solamente con la tradición de la cosa y el comodante no se desprende ni de la propiedad, ni de la posesión, permitiendo únicamente su uso. En consecuencia, las características fundamentales de este contrato son: a) La gratuidad, es decir no es oneroso; b) El perfeccionamiento del contrato, ocurre con la entrega material del bien objeto del contrato y; c) Existe obligación de restituir el bien al término del plazo pactado.

El contrato de comodato, como acuerdo de voluntades a través del cual 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 tiene que el mismo por remisión expresa de los artículos 13 y 32 de la Ley 80 de 1993, es perfectamente aplicable a los contratos del Estado, siempre y cuando se garanticen los fines estatales inmersos en el respectivo contrato, teniéndose en cuenta para tales efectos las restricciones señaladas por el ordenamiento jurídico en la materia. Al respecto ha puntualizado la Sección Tercera del Consejo de Estado lo siguiente: “(...) *Las entidades públicas pueden celebrar contratos de comodato con entidades públicas. (...) Los contratos que se celebren (...), dentro de los cuales está el comodato, deben constar por escrito y se sujetarán a los requisitos y formalidades que exige la ley para la contratación entre particulares. (...) Ahora bien, las normas de contratación vigentes, como las contenidas en la Ley 80 de 1993, prevén requisitos de existencia, validez y ejecución del contrato estatal que deben cumplirse, sin perjuicio de que se pueda acudir a lo previsto en el Código Civil respecto del contenido del contrato de comodato, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 13 de dicha ley*”.² Así las cosas el comodato se clasifica dentro de los denominados contratos traslaticios del uso y disfrute de un bien y cuya característica esencial es su gratuidad y se pueden celebrar bajo las normas establecidas en el derecho privado, observando los límites señalados en normas especiales sobre la materia, en cuanto al tiempo máximo de duración y la destinación o uso que debe darse al bien.

Resulta pertinente tener en cuenta los elementos y características del comodato, de forma breve, a la luz del Código Civil:

-Dentro de las obligaciones que adquiere el comodatario, se encuentran, por definición legal, las de conservación de la cosa, de uso con sujeción a lo convenido y de **restitución**, en torno al bien dado en comodato. En tal sentido el artículo 2202 del Código Civil dispone la restricción para el comodatario de usar la cosa únicamente para el uso convenido y a falta de éste para el uso ordinario propio a su naturaleza;

-Los artículos 2003 y 2004 enmarcan la obligación para el comodatario de emplear el mayor cuidado en la conservación de la cosa y responder hasta de culpa levísima, leve o lata según que el comodato se hubiere acordado en pro del comodatario, de ambas partes o del comodante, siendo responsable de todo deterioro que no provenga de la naturaleza o del uso legítimo de la cosa;

Por último el artículo 2005, advierte la obligación del comodatario de restituir la cosa prestada en el tiempo convenido, pudiéndose exigir la restitución antes de tiempo ante la muerte de comodatario, la aparición en el comodante de una obligación imprevista y urgente de la cosa.

² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Radicación número: 25000-23-31-000-1996-02562-01(15466) M.P. Ramiro Saavedra Becerra 30 de julio de 2008

De esas mismas disposiciones se observa que en caso de contravención por el comodante de su obligación de uso de la cosa para el fin convenido, surge el derecho del comodante para exigir la reparación de todo perjuicio y la restitución inmediata del bien (art. 2.202) y que el comodatario sólo responde por caso fortuito cuando le ha dado un uso indebido, ha demorado su restitución salvo que se probare que el deterioro o pérdida por caso fortuito hubiera sobrevenido igualmente sin el uso ilegítimo o la mora, cuando éste ha sobrevenido por culpa suya, cuando en la alternativa de salvar de un accidente la cosa prestada o la propia “() ha preferido deliberadamente la suya” y cuando expresamente se ha hecho responsable del caso fortuito (art. 2.203).³

Ahora bien la doctrina, al respecto, ha sostenido lo siguiente: “El comodatario al recibir la cosa se obliga a conservarla. El comodante mantiene sobre el objeto prestado todos los derechos que tenía antes, pero no su ejercicio, en cuanto fuere incompatible con el uso concedido al comodatario. No hay, pues, acto de disposición. Se constituye el comodatario **en un simple tenedor, que reconoce dominio ajeno.** (...) A tres se limitan, legalmente, las obligaciones del comodatario: a) De conservación de la cosa, b) De uso de acuerdo con los términos convenidos o de conformidad con el uso ordinario, c) De restitución. Es decir: todas las obligaciones del comodatario giran alrededor de la cosa. Cuando las partes han acordado el tiempo de restitución, se impone convencionalmente la obligación de devolución, y a falta de convención, después del uso para que ha sido prestada. **No puede haber comodato indefinido.** Sea cual fuere la modalidad contractual, el uso queda determinado en el tiempo”.⁴ (Negrillas fuera de texto)

5. DEL CASO CONCRETO

El FDL solicita que “nos indique a quien le corresponde asumir los gastos de administración y servicios públicos de los locales comerciales a la fecha, si al Fondo de Desarrollo Local de Ciudad Bolívar (FDLCB) o al Departamento Administrativo de la Defensoría del Espacio Público (DADEP)? (...)Cuál de las dos entidades, DADEP o FDLCB, debe asumir los costos que se han generado durante el proceso en que no se ha concretado la entrega/recibo de los bienes inmuebles a cargo del DADEP, esto en el entendido que DADEP no hizo el recibo material de los bienes objeto de comodatos una vez entregado los informes al día requeridos por la entidad (Nov 2019) y esto genero gastos de administración y servicios públicos de los bienes con posterioridad sin que hubieran sido utilizados por el FDLCB?”

De entrada se precisa que los documentos jurídicos objeto de acuerdo entre las partes se denominaron “Convenio Interadministrativo de Entrega de Inmueble” que en esencia entran en la esfera de la modalidad de contrato de comodato, de conformidad con lo previamente analizado en el presente escrito, teniendo en cuenta su objeto y elementos explicados. Ahora bien de los escritos aportados por el FDL, para el estudio jurídico, se denota que la Alcaldía Local fue oportuna en dar aviso al DADEP sobre la entrega de los locales, tal como se desprende del numeral 3 del memorando de solicitud que da origen al presente alcance de concepto, en estos términos: “Desde el primer semestre del 2019 el FDLCB solicitó información al DADEP para la entrega formal de los locales comerciales, en los siguientes términos **“solicitud de información del procedimiento para realizar la devolución de los bienes inmuebles en donde funciona actualmente la Alcaldía Local de Ciudad Bolívar, los cuales fueron entregados por medio del convenio interadministrativos...”**, esto dado que el Fondo de Desarrollo Local de Ciudad Bolívar contaba con nueva sede administrativa (...)”. De igual forma, otra muestra de la voluntad del FDL fue el trámite exigido por el DADEP acerca de la carta de no siniestralidad expedida por la PREVISORA, así como lo manifestado mediante radicado del FDLCB No. 20196920279741 del 06 de noviembre de 2019 con radicado

³ Al respecto se pronunció la Sala de consulta y servicio civil en conceptos 416 de 1991, 504 del 22 de abril de 1993; 726 de 1995; 994 de 1997; 962 de 1997, 1017 de 1997, 1077 de 1998 y 1129 de 1998

⁴ José Alejandro Bonivento Fernández. Los Principales Contratos Civiles y su Paralelo con los Comerciales- Decima Sexta Edición Actualizada. Librería Ediciones del Profesional Ltda.

DADEP 20194000264922 de fecha 18 de noviembre de 2019, en el que “*se evidencia paz y salvo en cuanto administración y servicios públicos hasta el mes de octubre 2019*”.

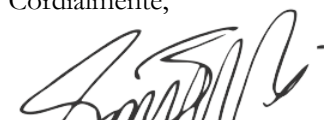
Es esa suma de actos positivos en pro de la entrega y/o restitución de los inmuebles a su propietario que permiten inferir a esta Dirección, que le corresponde al DADEP asumir los costos que se han generado durante el proceso en que no se ha concretado la entrega/recibo de los inmuebles, más aún si la Alcaldía Local ha sido reiterativa en que se materialice tal acto, pero la forma tardía en el actuar del Departamento Administrativo (descrita en la solicitud) ha incidido en la actual situación que suscita diferencias entre las partes firmantes de los convenios multicitados.

Además de lo anterior, se desprende que el FDL ha cumplido con las obligaciones descritas en los convenios y en particular, ha demostrado su interés en acatar lo estipulado en la “Modificación a Documentos de Inmuebles suscrito entre Bogotá D.C DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA DEFENSORIA DEL ESPACIO PUBLICO Y EL FONDO DE DESARROLLO LOCAL DE CIUDAD BOLIVAR”, que estableció en su cláusula primera como obligación del FDL en el literal G “***Devolver cada inmueble al DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA DEFENSORIA DEL ESPACIO PUBLICO a la expiración del término o cuando se de algunas de las causales de terminación, prevista sen este documento***”.

Así las cosas, en los anteriores términos se emite el presente concepto, con base en la información y documentación que fue remitida a la Dirección de Contratación, y para la toma de decisiones exclusivamente de la órbita de las competencias de la Alcaldía Local, acorde con la facultad delegada por el Decreto 768 de 2019, y es su responsabilidad acoger el contenido del presente concepto de forma total, parcial o negativamente. Finalmente se reitera el alcance de los conceptos contenido en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, por demás ampliamente argumentado jurídicamente en el numeral 1 del presente documento.

Esperamos de esta forma haber dado respuesta a la solicitud no sin antes señalarle que, cualquier otra inquietud sobre el particular con gusto estaremos dispuestos a atenderla, quedado a su entera disposición.

Cordialmente,



GERMAN HUMBERTO MEDELLÍN MORA

Director de Contratación

german.medellin@gobiernobogota.gov.co

Copia: Dirección Jurídica

Revisó: German Giraldo Agudelo - Abogado Contratista Dirección de Contratación 
Elaboró: Mónica Parra- Abogada Contratista Dirección de Contratación