



MEMORANDO

Bogotá, D.C.

PARA: FABRICIO JOSÉ GUZMÁN MARTÍNEZ
Alcalde Local de Kennedy (E)

DE: DIRECCIÓN DE CONTRATACIÓN

ASUNTO: Respuesta a la solicitud de información en relación con las exigencias legales para la suscripción de convenios de asociación con Entidades Sin Ánimo de Lucro, el cual fue radicado No. 20175820016583 del 10 de agosto de 2017. Radicado en esta Dirección el día 24 de agosto de 2017.

Cordial saludo estimado Alcalde Guzmán,

En atención al memorando radicado bajo el número del asunto, y en cumplimiento de la Directiva 012 de noviembre 11 de 2016, suscrita entre el Alcalde Mayor de Bogotá y el Secretario Distrital de Gobierno y lo señalado en el literal m) del artículo 24 del Decreto Distrital No. 411 del 30 de septiembre de 2016, le corresponde a esta Dirección atender las peticiones, requerimientos y emitir los conceptos relacionados con asuntos de su competencia, lo cual se circunscribe a la órbita contractual en todas sus etapas.

Por lo anterior, esta Dirección se pronuncia en los siguientes términos:

I. RESPECTO A LA CUESTIÓN PLANTEADA

A través del oficio de la referencia la Alcaldía Local de Kennedy solicitó la emisión de información a fin de establecer el procedimiento, requisitos e idoneidad que se deben acreditar por una entidad (fundación u organización), para suscribir contrato de comodato sobre un bien inmueble del Fondo de Desarrollo Local.

Partiendo de los elementos fácticos y jurídicos antes señalados, esta Dirección se pronuncia en los siguientes términos, esto a fin de brindar las respuestas jurídicas que correspondan.



ALCALDÍA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.
SECRETARÍA DE GOBIERNO

Radicado No. 20174500378273

Fecha: 04-09-2017



II. RESPECTO AL CASO CONCRETO Y SU DESARROLLO

Sea lo primero señalar que los contratos estatales a diferencia de los estudiados en el derecho privado contienen aspectos que lo hacen diferentes, dada la finalidad que los mismos persiguen y que se concretizan en ser instrumentos de gestión administrativa que permite el cumplimiento de los fines estatales.

En este contexto en lo que respecta al 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 convenida¹, 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, teniendo en cuenta para tales efectos las restricciones señaladas por el ordenamiento jurídico en la materia.

Al respecto ha puntualizado la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado lo siguiente:

"(...)

La Sala en consideración a que no existen medios de prueba para establecer la existencia o la fecha en que se configuró el alegado comodato, tomará en cuenta lo expuesto precedentemente para definir las condiciones a que estaba sometido este negocio, según que se hubiere perfeccionado antes de la Constitución de 1991 o en vigencia de ella: - Las entidades públicas pueden celebrar contratos de comodato con entidades públicas o con entidades privadas sin ánimo de lucro con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el plan nacional y los planes seccionales de desarrollo. - Los contratos que se celebren en desarrollo de lo dispuesto en el segundo inciso del artículo 355 con entidades privadas sin ánimo de lucro, 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 los particulares. - Cuando el contrato se celebre con personas privadas sin ánimo de lucro, resulta indispensable acreditar respecto de ellas su reconocida idoneidad. 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 (Cursiva, negrilla y subrayado por fuera del texto original)

¹ Al respecto puede confrontarse la sentencia del 09 de abril de 2014, proferida por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado. C.P. Dr. Carlos Alberto Zambrano Barrera. Expediente No. 23.040

² Al respecto puede confrontarse la sentencia del 30 de julio de 2008, proferida por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado. C.P. Dr. Ramiro Saavedra Becerra. Expediente No. 14.466.



ALCALDÍA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.

SECRETARÍA DE GOBIERNO

Radicado No. 20174500378273

Fecha: 04-09-2017



Por todo lo dicho hasta aquí, se tiene que resulta jurídicamente viable que una entidad estatal, como lo es el Fondo de Desarrollo Local, celebre contratos de comodato, entendiendo por tal el negocio jurídico por medio del cual el titular del derecho de dominio del bien, traslada a otro algunas de las facultades que se desprenden de ese principal derecho real y las cuales consisten en el uso y disfrute del bien.

En este punto es de vital importancia señalar que como todo acuerdo de voluntades, el de comodato posee elementos de su naturaleza que lo identifican, entre los cuales pueden señalarse que en la celebración y ejecución del mismo no debe existir una contraprestación económica, como quiera que es de la esencia del contrato de comodato la gratuidad.

Por lo dicho encontramos que a pesar de existir competencia a cargo de las entidades estatales de suscribir este tipo de contratos, que por más valga señalar constituyen auténticos contrato estatales, se tiene que los mismos se encuentran regularizados en la Ley 9° de 1989, la cual en el artículo 38 dispuso lo siguiente:

"Artículo 38. 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."
(Cursiva por fuera del texto original)

Al respecto de la lectura del texto normativo se deduce a modo de conclusión que, existe una prohibición respecto de la celebración de contratos de comodato por parte de las entidades estatales con personas distintas a las allí señaladas, siendo importante disponer y tener en cuenta aquella restricción.

Evidenciada la posibilidad jurídica y material de las entidades estatales de suscribir este tipo de pacto, se tiene que resulta de suma importancia indagar respecto del procedimiento precontractual apropiado para efectuar la citada contratación. En este punto es importante señalar que la Jurisprudencia de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, ha considerado que el procedimiento aplicable resulta ser el mismo que se desprende de la lectura del artículo 355 de la Carta Política.



ALCALDÍA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.

SECRETARÍA DE GOBIERNO

Radicado No. 20174500378273

Fecha: 04-09-2017



En consecuencia de lo anterior, el constituyente en el artículo 355 de la Carta Política determinó que el Gobierno, en los niveles nacional, departamental, distrital y municipal podrá, con recursos de los respectivos presupuestos, celebrar contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el Plan Nacional y los Planes Seccionales de Desarrollo³.

Como se puede apreciar de la redacción de la norma en referencia, estos acuerdos de voluntades no constituyen simple contratos estatales, en los cuales existe un colaborador de la administración que obtiene un lucro por la prestación de servicios, suministro de bienes u obras, aquí existe un interés común de las partes que concurren a la celebración del negocio jurídico.

Este interés común a las partes, se encuentra estructurado para ser un vehículo contractual, financiero y técnico a través del cual se cumplen objetivos claramente delimitados, tanto para la entidad estatal (Plan de Desarrollo) como para la Entidad Sin Ánimo de Lucro - ESAL (objeto social e idoneidad).

Estas circunstancias claramente definen los aspectos diferenciadores de este tipo de acuerdo de voluntades de otros sometidos al señalado Estatuto Contractual, siendo una de sus principales aristas el tema lucrativo. En estos contratos no debe existir lucro para las ESALES que contribuyen a la ejecución de actividades que le aportan a su labor o giro ordinario, en otras palabras, en la ejecución del objeto acordado en el contrato, de una parte, se encuentran haciendo actividades para las cuales han sido concebidas en su creación, pero además de ello, contribuyen al cumplimiento de los fines y metas fijadas en el respectivo Plan de Desarrollo.

Se tiene entonces que el artículo 355 de la Constitución reguló una categoría especial de contratos, dentro de los cuales podría encuadrarse el de comodato y que puede celebrarse con personas naturales o jurídicas de derecho privado sin ánimo de lucro, con recursos de entidades públicas, siempre que tengan por objeto impulsar programas y actividades de interés público⁴.

Esta consideración, creemos, es apropiada puesto que el comodato tiene por objeto entregar un bien de una entidad pública a otro sujeto sin contraprestación alguna y

³ Al respecto puede confrontarse la sentencia de constitucionalidad No. 671 del 09 de septiembre de 1999, proferido por la Sala Plena de la Corte Constitucional. M.P. Dr. Alfredo Beltrán Sierra.

⁴ 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.



ello, se encuadra fácticamente en los supuestos que indica la norma superior, siendo necesario que a través del contrato en cuestión se impulsen programas y actividades de interés público, los cuales debe determinar claramente la entidad estatal desde la etapa de planeación del futuro contrato estatal.

En consideración a lo expuesto, se tiene entonces que el régimen jurídico respecto al procedimiento para la celebración de contratos de comodato por parte de las entidades estatales, se encuentra circunscrito a lo descrito en el artículo 355 de la Constitución Política de Colombia y lo reglamentado hoy en día por el Decreto Nacional 092 de 2017.

Por todo lo señalado en este documento, esta Dirección de Contratación una vez revisada la normatividad en cuestión, los avances y cambios jurisprudenciales y normativos, considera lo siguiente, como premisas importantes a tenerse en cuenta:

1. Los contratos de comodato constituyen auténticos contratos estatales, teniendo en cuenta lo enseñado por los artículos 13 y 32 de la Ley 80 de 1993, especialmente la sinergia existente entre el derecho privado y lo establecido para los contratos del Estado.
2. Partiendo de la premisa anterior, se tiene que los contratos de comodato estatales según lo informa el artículo 38 de la ley 9° de 1989, únicamente podrán ser celebrados entre 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.
3. Los contratos de comodato dada la naturaleza de la cual participan y la finalidad que persiguen se encuadran en los acuerdos de voluntades regulados en el artículo 355 de la Constitución Política de Colombia, lo cual implica que debe tener como objeto impulsar programas y actividades de interés público⁵, los cuales debe determinar claramente la entidad estatal desde la etapa de planeación del futuro contrato estatal.
4. Bajo la interpretación anterior y con apoyo de la Jurisprudencia de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, se

⁵ 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.



ALCALDÍA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.

SECRETARÍA DE GOBIERNO

Radicado No. 20174500378273

Fecha: 04-09-2017

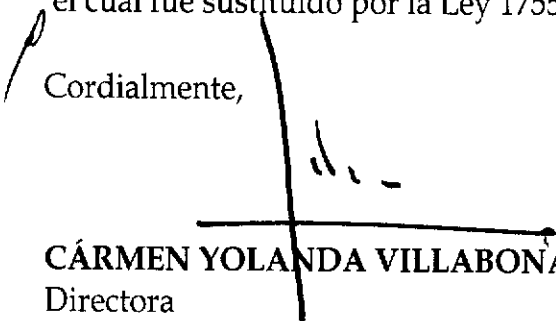


tiene que en lo que respecta al procedimiento precontractual, aquel que resulta aplicable es el establecido para la celebración de estos acuerdos de voluntades contenido en el artículo 355 de la Constitución Política de Colombia, es decir, lo establecido en el Decreto Nacional 092 de 2017.

5. Así las cosas, para la suscripción de estos acuerdos de voluntades deberá observarse lo establecido en el Decreto Nacional 092 de 2017, especialmente lo referido a las exigencias que debe tener el asociado y los procedimientos que establece la normativa⁶.

Finalmente, esta Dirección hace la salvedad de que es responsabilidad del Alcalde Local, como representante legal del Fondo de Desarrollo Local, acorde a la facultad delegada por el artículo 8° del Decreto Distrital 101 de 2010, adelantar el trámite objeto de estas recomendaciones, acogiendo las mismas de forma total, parcial o negativamente, siendo además norma aplicable a este trámite lo descrito en el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011, el cual fue sustituido por la Ley 1755 de 2015.

Cordialmente,


CÁRMEN YOLANDA VILLABONA
Directora

Proyectó: John Fredy Silva Tenorio.
Revisó: John Fredy Silva Tenorio.

Con copia. Dra. Sandra Patricia Castiblanco Monroy
Directora para la Gestión del Desarrollo Local.

⁶ En lo que respecta al concepto de idoneidad, se tiene que la misma en términos normativos, se tiene que el artículo 3° del Decreto 092 de 2017, señaló que una entidad sin ánimo de lucro con reconocida idoneidad es aquella que es adecuada y apropiada para desarrollar las actividades que son objeto del proceso de contratación y cuenta con experiencia en el objeto a contratar.

Bajo aquella premisa concluyó la norma en referencia que, el objeto estatutario de la entidad sin ánimo de lucro le deberá permitir a esta desarrollar el objeto del proceso de contratación que adelanta la entidad estatal, lo cual implica la necesidad de que el objeto estatutario de la entidad privada sin ánimo de lucro sea coincidente con el objeto del proceso de contratación y por tanto con el programa o actividad establecida en el Plan de Desarrollo⁶.

Entendiendo el criterio de idoneidad en estos acuerdos de voluntades sin vocación de lucro, se tiene que la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, ha expedido la Guía para un mayor entendimiento en esta temática.

Al respecto señala la mencionada Guía que, la idoneidad consiste en la cualidad de ser adecuado o apropiado para cumplir un fin y esta tiene que ser reconocida. Es decir, la Constitución Política solo autoriza a celebrar este tipo de contratos con entidades que cuenten con un reconocimiento público manifiesto, para los efectos de los elementos estructurales del concepto de "reconocida idoneidad" se recomienda revisar la mencionada Guía en la cual se establecer los parámetros a través de los cuales se demuestra aquella cualidad.

Edificio Liévano
Calle 11 No. 8 -17
Código Postal: 111711
Tel. 3387000 - 3820660
Información Línea 195
www.gobiernobogota.gov.co

**BOGOTÁ
MEJOR
PARA TODOS**