



C I R C U L A R DEAJC19-99

Fecha: 6 de diciembre de 2019

Para: *DIRECTORES EJECUTIVOS SECCIONALES DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL Y COORDINADOR DE DIRECCIONES SECCIONALES*

De: DIRECTOR EJECUTIVO DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL

Asunto: *"Tipologías contractuales para instalar cajeros automáticos y antenas; operar cafeterías, máquinas o carritos de vending en las instalaciones de las diferentes sedes judiciales"*

El objeto de la presente Circular es dar a conocer a las Direcciones Ejecutivas Seccionales de Administración Judicial, las reglas generales de las tipologías contractuales de las que se puede hacer uso para instalar cajeros y antenas; operar cafeterías, máquinas o carritos de vending en las instalaciones de las diferentes sedes judiciales.

ASPECTOS COMUNES.

(i) Destinación de los bienes fiscales.

De conformidad con lo estipulado en el artículo 674 del Código Civil, los bienes del Estado se dividen en (i) bienes fiscales y (ii) bienes de uso público.

Los primeros son aquellos que pertenecen a una Entidad pública destinados a la prestación de las funciones públicas o de los servicios públicos; aunado a lo anterior, el Código Civil define los bienes fiscales como aquellos cuyo dominio corresponde a la República, pero su *"uso no pertenece generalmente a los habitantes"*. El Estado los posee y los administra de manera similar a como lo hacen los particulares con los bienes de su propiedad.

En ese orden de ideas, excepcionalmente las Entidades Públicas pueden conceder el uso y goce de los bienes fiscales a cambio de una contraprestación, siempre y cuando no se transgreda el ordenamiento legal y **el inmueble sea destinado para cumplir los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos, la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines.**

Así las cosas, únicamente es viable jurídicamente celebrar convenios o contratos cuyo objeto implique la destinación de un bien fiscal cuando la teleología del mismo radique en el cumplimiento de las funciones que la ley asigna a la Rama Judicial o para el cumplimiento de planes o programas de la Entidad.

En ese orden de ideas, para instalar cajeros, antenas; operar cafeterías, máquinas o carritos de vending, es posible identificar las siguientes tipologías contractuales: contrato de arrendamiento, contratos atípicos, convenios de asociación, concesión y comodato, todos ellos bajo procesos de selección en los que se garanticen los principios establecidos en el estatuto general de contratación pública.

ii) El contrato estatal debe constar por escrito.

El artículo 32 de la Ley 80 de 1993, define los contratos estatales como “*todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad (...)*”. Así pues, se puede afirmar que siempre que una Entidad estatal -de las definidas en el artículo 2º de la Ley 80 de 1993¹- celebre un contrato, cualquiera que sea su tipología o modalidad, el mismo será catalogado como contrato estatal.

Por su parte, el artículo 13 de la Ley 80 de 1993, establece que los contratos que celebren las entidades estatales, se regirán por las disposiciones civiles y comerciales pertinentes, salvo en materias particularmente reguladas por el estatuto de contratación.

La formalidad de los contratos estatales se encuentra dispuesta en el artículo 39 de la Ley 80 de 1993, el cual expresa que “*los contratos que celebren las entidades estatales constarán por escrito (...)*” y en el artículo 41 que dispone que “*los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito*”.

En consecuencia, el contrato estatal es solemne, “*ya que la manifestación de voluntad si no se expresa bajo la forma ad solemnitatem o ad substantiam actus exigida por la ley, es inexistente, es decir, se entiende que el contrato jamás ha sido creado para el mundo jurídico*”².

Por lo tanto, las reglas de la contratación pública determinan que los pactos verbales en ausencia de casos de extrema urgencia, se encuentran proscritos ante la existencia de un mandato legal que implica que los acuerdos de voluntades efectuados por las entidades públicas siempre se deben manifestar por medio de un documento en el que consten todos los aspectos del acuerdo entre el Estado y su contratista, así como las prestaciones a cargo de las partes³. Es decir, en ausencia del escrito se torna en inexistente el contrato.

¹ Ley 80 de 1993. 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.

b) El Senado de la República, la Cámara de Representantes, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, la Contraloría General de la República, las contralorías departamentales, distritales y municipales, la Procuraduría General de la Nación, la Registraduría Nacional del Estado Civil, los ministerios, los departamentos administrativos, las superintendencias, las unidades administrativas especiales y, en general, los organismos o dependencias del Estado a los que la ley otorgue capacidad para celebrar contratos.

² EXPÓSITO VÉLEZ, Juan Carlos. Forma y contenido del contrato estatal. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2013, 28 p.

³ EXPÓSITO VÉLEZ, Juan Carlos. La configuración del contrato de la administración pública. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2003, 239 p.



iii) Forma de pago.

Es de especial relevancia tener en cuenta que en el evento en que se pacte pago en especie en cualquiera de las tipologías contractuales se recomienda incluir una obligación a cargo del contratista en la que se incluya de manera expresa la obligación de hacer entrega de los bienes materia de la contraprestación en el almacén de la entidad.

Así mismo, debe establecerse el periodo, la fecha de entrega, las especificaciones, las cantidades a entregarse como pago del precio y las responsabilidades a cargo del contratista por el valor de los fletes así como por la pérdida o destrucción de la cosa antes de la entrega material y efectiva a favor de la entidad.

iv) Prohibición de prórrogas automáticas

La jurisprudencia del Consejo de Estado se ha pronunciado sobre la inviabilidad de pactar una cláusula de prórroga automática en el contrato estatal,

Al estipular prórrogas automáticas, se transgrede el principio de igualdad, imparcialidad, transparencia y prevalencia del interés general, motivo que ha llevado al Consejo de Estado a pronunciarse de la siguiente manera sobre dichas prórrogas en el contrato estatal:

*"De lo expuesto se puede concluir que las prórrogas automáticas no pueden pactarse en ningún contrato estatal. También, que las cláusulas de prórroga de los contratos estatales no confieren un derecho automático a un mayor plazo, sino que contienen solamente la posibilidad de que al terminarse el plazo inicial, las partes acuerden su continuación dentro de los límites que imponga la ley al momento de prorrogar"*⁴

v) Aspectos tributarios.

Al respecto, se afirma que sin consideración al tipo de contrato o la modalidad de contratación usada, se debe cumplir a cabalidad el Estatuto Tributario, las normas que lo adicionen, modifiquen o lo deroguen.

En efecto, es importante resaltar que actualmente tanto para los contratos de arrendamiento, cuyo pago se pacta en dinero, como para los contratos que conceden el uso de espacios con pago pactado en especie, contablemente deben ser soportados con factura o documento equivalente, discriminando el valor del IVA a la tarifa general que, de acorde con el artículo 468 del Estatuto Tributario modificado por el artículo 184 de la Ley 1819 de 2016, es del diecinueve por ciento (19%).

De acuerdo con lo anterior, toda persona natural o jurídica que preste el servicio de arrendamiento de bienes inmuebles en Colombia, salvo en los casos exceptuados por el numeral 15 del artículo 476 del Estatuto Tributario, esto es, el servicio de arrendamiento de inmuebles para vivienda y el arrendamiento de espacios para exposiciones y muestras,

⁴ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Radicación número: 11001-03-06-000-2010-00005-00(1984) del 19 de mayo de 2010.

artesanales nacionales, incluidos los eventos artísticos y culturales, son responsable del IVA.

Si bien la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial y las Direcciones Ejecutivas Seccionales de Administración Judicial, dentro de sus objetos no prevé el desarrollo de actividades económicas con fines de lucro; al suscribir contratos de arrendamiento de inmuebles está prestando un servicio gravado con el impuesto a las ventas y por lo tanto, da lugar al nacimiento de la obligación tributaria.

En ese orden de ideas, la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial y las Direcciones Ejecutivas Seccionales de Administración Judicial, serán responsables del impuesto a las ventas por la prestación del servicio de arrendamiento de bienes inmuebles y a su vez deberán cumplir con las siguientes obligaciones: (i) actualizar el RUT, para incluir allí la responsabilidad en el impuesto a las ventas como régimen común, (ii) solicitar ante la DIAN, la resolución de autorización para facturar electrónicamente, (iii) registrar los libros de contabilidad, (iv) facturar, cobrar, declarar y consignar el IVA y, (v) actualizar el RUT, cuando se cambie de actividad económica o en caso de cesar actividades.

A. CONTRATO DE ARRENDAMIENTO.

El artículo 1973 del Código Civil señala que las partes se obligan recíprocamente, la una a conceder el goce de una cosa o a ejecutar una obra o a prestar un servicio y la otra a pagar por ese goce un precio determinado, de acuerdo con lo pactado.

Por lo expuesto, puede afirmarse que son características del contrato de arrendamiento su *"onerosidad, dado que el precio es uno de sus elementos esenciales y en cuya ausencia el contrato se torna en comodato; su conmutatividad, toda vez que las prestaciones a cargo de cada una de las partes se toma como equivalente de las asumidas por la otra y, finalmente, su carácter de tracto sucesivo, en la medida en que las obligaciones surgidas del contrato no pueden cumplirse instantáneamente sino que conllevan cierta duración en el tiempo"*⁵.

ii) Elementos esenciales del contrato de arrendamiento.

Como lo ha sostenido la Sección Tercera, Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, son elementos esenciales de esta modalidad contractual, los siguientes: *"(i) el otorgamiento del goce o uso de un bien; (ii) el precio que se paga por el uso o goce del bien y (iii) el consentimiento de las partes"*⁶.

Respecto del precio, vale destacar que es un elemento esencial del contrato de arrendamiento, el cual debe ser pagado en dinero o en frutos naturales de la cosa arrendada, de conformidad con el artículo 1975 del Código Civil. Así las cosas, si se pacta

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 18 de marzo de 2010, Consejero ponente: Mauricio Fajardo Gomez. Radicación número: 25000-23-26-000-1994-00071-01(14390).

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 15 de marzo de 2001; Consejero Ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez; Expediente No. 13352; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera; Sentencia del seis (6) de julio de dos mil cinco (2005); Consejero ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez; Radicación número: 25000-23-26-000-1991-07392-01(12249).

el goce de un bien sin pactar el pago del precio en dinero, no se estipularía uno de los elementos esenciales del contrato de arrendamiento por lo cual, éste se entiende jurídicamente inexistente o deriva en otra tipología contractual.

iii) Determinación del precio

La determinación del precio no puede ser en ningún caso un capricho de cada Entidad, pues el mismo debe obedecer a un estudio de sector elaborado con todos los criterios y elementos necesarios para determinar con el mayor grado de certeza y especialidad el valor del mismo, siguiendo todos los criterios establecidos en el estatuto de contratación pública.

Ahora bien, se debe tener en cuenta que los dineros pagados en virtud del canon de arrendamiento deberán ser depositados al Tesoro Nacional.

iv) Modalidad de selección

Para permitir el uso de espacios de bienes fiscales se deberán utilizar modalidades de selección competitivas; Salvo en los siguientes casos:

En la celebración de convenios o contratos interadministrativos, con otra Entidad Estatal, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2.2.1.2.1.4.4. del Decreto 1082 de 2015, en cuyo caso se podrá realizar mediante la modalidad de contratación directa.

También se puede celebrar mediante convenio de asociación, si en el desarrollo del contrato está implicado el desarrollo de actividades que permitan impulsar planes o programas de la entidad o funciones asignadas en el ordenamiento jurídico bajo el cumplimiento de lo establecido en el Decreto 092 de 2017 o las normas que lo modifiquen, adicionen o deroguen.

Nota: La modalidad de selección de contratación directa para el arrendamiento de inmuebles, dispuesta en el artículo 2, numeral 4, literal i) de la Ley 1150 de 2007 y el artículo 2.2.1.2.1.4.11 del Decreto 1082 de 2015, solo aplica cuando la Entidad es la que va a tomar en arrendamiento dichos bienes. También es de precisar que las cláusulas excepcionales son inaplicables para este tipo de contrato, en virtud de lo previsto en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993.

B. CONTRATO ATÍPICO DE USO Y GOCE DE UN INMUEBLE CON PAGO EN ESPECIE.

i) Elementos del contrato:

Los elementos de existencia del contrato son: i) la entrega del bien para su uso goce; ii) el precio que se paga en especie y iii) el consentimiento de las partes elevado a escrito.

ii) Determinación del precio:

El precio se determinará por un estudio sumamente riguroso que sea elaborado con un alto grado de conocimiento para fijar con exactitud el precio que debe cobrarse por el



derecho de uso y goce del inmueble y, en el que se incluya un acápite especial que permita establecer la equivalencia exacta entre el precio y los elementos que se vayan a recibir como contraprestación.

Igualmente, se deberá establecer y justificar la necesidad de la entidad de los bienes o servicios que se entregarán como contraprestación por parte del contratista, los cuales deberán disponerse para el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines.

Así mismo, se deberá respetar los principios que rigen la contratación pública, como la selección objetiva, la transparencia y la concurrencia o pluralidad de oferentes.

Nota: En caso de existir un acuerdo marco de precios del bien o servicio con el cual se pretende realizar el pago en especie, la entidad deberá verificar y garantizar que dicho pago no supere los precios establecidos en el acuerdo marco, así mismo, deberá cumplir con lo dispuesto en el artículo 41 de la Ley 1955 de 2019.

iii) Modalidad de Selección:

Con el propósito de cumplir con lo dispuesto en el ordenamiento legal, el proceso de selección de contratistas por regla general deberá obedecer a un proceso competitivo (mínima cuantía, selección abreviada o licitación pública), que tenga por finalidad seleccionar la oferta más favorable para la Entidad y se garantice la selección objetiva del contratista.

No obstante lo anterior, existe una excepción a la regla general que se presenta en el evento en que el acuerdo se celebre con otra entidad estatal, así las cosas, se configura el contrato interadministrativo, en ese evento, es pertinente que se tenga de presente los principios de la contratación estatal y que al respecto el Consejo de Estado ha manifestado reiteradamente que *"Los contratos interadministrativos, en todos los casos, deben tener relación directa con el objeto de la entidad ejecutora señalado en la ley o en sus reglamentos, los cuales, naturalmente, están sometidos a la ley"*⁷

Así las cosas, en ninguna circunstancia bajo esta tipología contractual se pactarán cláusulas de prórroga automática del contrato. De igual manera, al no estar inmerso este contrato en la tipología contractual de arrendamiento, no operan en forma supletiva las normas que rigen estos contratos, por lo que todos los derechos y obligaciones derivados de este deben pactarse con claridad y en forma específica en el contrato. En especial las relativas a las condiciones en que el bien debe ser devuelto a la entidad.

C. CONVENIOS O CONTRATOS DE ASOCIACIÓN.

En primer lugar, es necesario diferenciar entre (i) el convenio de colaboración y los (ii) convenios o contratos de asociación:

⁷ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Radicado 11001-03-06-000-2012-00016-00(2092) del 28 de junio de 2012.

"El convenio de colaboración es un acuerdo entre una entidad sin ánimo de lucro y una Entidad Estatal del gobierno nacional, departamental o municipal para que la primera implemente programas previstos en el plan de desarrollo con recursos públicos.

*El convenio de asociación es un acuerdo entre una entidad sin ánimo de lucro y una Entidad Estatal para el desarrollo conjunto de actividades en relación con los cometidos y funciones que les asigna la ley a las Entidades Estatales"*⁸

En ese orden de ideas, los convenios de asociación tienen su origen en el artículo 96 de la Ley 489 de 1998, cuya finalidad radica en que las entidades estatales se asocien con personas jurídicas particulares, para el desarrollo conjunto de actividades en relación con los cometidos estatales y funciones que les sean asignadas a la Entidad por la ley.

Igualmente, se deberá tener en cuenta lo dispuesto para tales efectos en el Decreto 092 de 2017, pues su ámbito de aplicación no es exclusivo para las entidades del gobierno nacional, departamental o municipal, en vista que el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 expresamente remitió al artículo 355 de la Constitución Política, consecuentemente, el Decreto 092 de 2017 no tiene su ámbito de aplicación limitado a las Entidades Estatales de los gobiernos nacional, departamental y municipal"⁹

i) Modalidad de selección

1. Procesos de selección competitivos

Al respecto, la Ley 489 de 1998 no fijó la modalidad de selección para celebrar esta clase de contratos, por lo cual, es necesario dar aplicación al estatuto de contratación pública.

En ese orden de ideas, la escogencia del contratista, por regla general debe realizarse mediante licitación pública¹⁰, salvo que se justifique la ocurrencia de alguna de las causales de la selección abreviada, o cuando la contratación no exceda el 10% de la menor cuantía de la entidad, pues se debe acudir al procedimiento de la mínima cuantía, independiente de su objeto.

2. Proceso establecido en el Decreto 092 de 2017 para los eventos en que más de una entidad ofrezca aportes iguales o superiores al 30% del valor del convenio.

En el supuesto en que más de una entidad privada sin ánimo de lucro de reconocida idoneidad que ofrezca su compromiso de recursos en dinero, para que junto con la Entidad realicen actividades relacionadas con los cometidos y funciones asignadas por ley, en una proporción no inferior al 30% del valor total del convenio, la Entidad Estatal debe seleccionar de forma objetiva a tal entidad y justificar los criterios para tal selección"

Igualmente, en el evento en que ninguna entidad sin ánimo de lucro se comprometa a aportar recursos en dinero, para que se realicen actividades relacionadas con los

⁸ Colombia Compra Eficiente, Mitos y verdades de la aplicación del Decreto 092 de 2017, <https://www.colombiacompra.gov.co/content/mitos-y-verdades-de-la-aplicacion-del-decreto-092-de-2017>

⁹ Colombia Compra Eficiente. Guía para la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad

¹⁰ Numeral 1 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007

cometidos y funciones asignadas por ley a la Entidad, se debe adelantar el proceso competitivo del que trata el Decreto 092 de 2017.

3. Contratación directa:

De conformidad con el artículo 5 del Decreto 092 de 2017, *"los contratos que se celebren con entidades sin ánimo de lucro de reconocida idoneidad, no están sujetos a competencia, cuando la ESAL comprometa recursos en dinero para la ejecución de las actividades igual o superior al 30% del valor total del convenio"*

No obstante, para la celebración de estos contratos se deberá aplicar lo dispuesto en los artículos 5, 6 y 7 del Decreto 092 de 2017, teniendo también en consideración el Auto 11001-03-26-000-2018-00113-00(62003) del 6 de agosto de 2019, proferido por la Subsección A de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo y el estatuto de contratación pública.

ii) El desarrollo conjunto de actividades

El acatamiento al artículo 355 de la Constitución Política, impone la celebración de contratos de asociación, pero con el fin de llevar a cabo actividades en relación con los cometidos estatales y funciones que les sean asignadas a la Entidad por la ley, quiere decir lo anterior que, las actividades que se desarrollan en conjunto son actividades que la Entidad tiene la carga de realizar por mandato legal, así las cosas, el objeto contractual debe estar estrictamente con la función legal encomendada a la Rama Judicial.

D. CONTRATO DE CONCESIÓN.

A partir de la definición contenida en el numeral 4 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993¹¹, se puede afirmar que la concesión constituye un tipo contractual dirigido a obtener el concurso de la inversión privada, con el ánimo de optimizar, facilitar y acelerar la satisfacción de los servicios públicos, la construcción de obras o la explotación de bienes a cargo del Estado.

En efecto huelga manifestar que *"El artículo 39 de la Ley 1508 de 2012 no derogó el numeral 4, del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, lo que significa que las Entidades Estatales se encuentran habilitadas para suscribir el contrato de concesión de que trata la Ley 80 de 1993"*¹²

i) Elementos del contrato de concesión

Al respecto de la concesión, el Consejo de Estado ha manifestado que tiene las siguientes características: *i) la entidad de derecho público encomienda al concesionario la*

¹¹ "Artículo 32

¹² Colombia Compra Eficiente, Respuesta a consulta #4201813000004624

prestación, operación, explotación, organización o gestión (total o parcial) de un servicio público o la construcción, explotación o conservación, total o parcial, de obras o bienes destinados al servicio o al uso público ii) en ambos casos comprende las actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio iii) el concesionario asume los riesgos derivados de la actividad, lo cual implica que debe conseguir los recursos técnicos y financieros para prestar el servicio, ejecutar o explotar la obra o el bien y los invierte, además, por su cuenta y riesgo iv) la entidad concedente ejerce el control y vigilancia del concesionario, v) el concesionario tiene derecho a recibir una contraprestación, que puede ser pactada por las partes contratantes bajo cualquier modalidad¹³.

ii) Modalidad de selección.

Licitación pública:

En razón a que, la Ley 1150 no prevé la modalidad de selección para la concesión, es menester aplicar la regla general, es decir, la licitación pública.

Contratación directa.

Sin embargo, es posible celebrar el contrato concesión a través de contrato interadministrativo, siempre y cuando, el objeto contractual tenga relación directa con la función de la entidad ejecutora.

E. COMODATO.

“El contrato de comodato o préstamo de uso de conformidad con el artículo 2200 del C.C., es aquel en el que una de las partes entrega a la otra, gratuitamente, una especie mueble o raíz, para que haga uso de ella y con cargo a restituir la misma especie después de terminar el uso. Por tratarse de un contrato en el que no se da la transferencia del dominio de la cosa o bien, por cuanto el comodatario adquiere la obligación de restituirla en el término pactado no se causa el impuesto sobre las ventas, por no configurarse los supuestos de ley para que exista venta, o transferencia de dominio”

Sin embargo, se debe tener en cuenta que el artículo 38 de la Ley 9 de 1989 autorizó a las entidades públicas para celebrar este tipo de contratos sobre sus bienes inmuebles de manera restringida. La mencionada norma dispone 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,

¹³ Consejo de Estado, Sala lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 19 de junio de 1998, exp. 10.217. 



*fondos de empleados y las demás que puedan asimilarse a las anteriores, y por un término máximo de cinco (5) años, renovables. (...)*¹⁴ (subraya fuera del texto)

En ese orden de ideas, solo es posible celebrar contratos de comodato en el que el objeto sea un bien inmueble de la Entidad, con sindicatos, cooperativas, asociaciones y fundaciones que no repartan utilidades entre sus asociados con otras entidades públicas.

i) Derechos en el contrato de comodato

El propietario del bien objeto del contrato conserva el derecho de dominio sobre la cosa, por tal razón se considera como una de las principales obligaciones en el contrato de comodato es la restitución de la cosa.

Ahora bien, durante la vigencia contractual el propietario de la cosa no es el titular del derecho de uso y goce del bien, por tanto, de ninguna manera lo podrá explotar económicamente durante el plazo contractual.

ii) Modalidad de selección

En el evento en que el comodato se celebre con otra entidad pública la modalidad de selección es directa, toda vez que el literal C del numeral 4 de la Ley 1150 de 2007 establece que dicha modalidad opera para los contratos interadministrativos.

Ahora bien, teniendo en cuenta que los comodatos sobre bienes inmuebles con excepción de las entidades públicas únicamente se podrá celebrar con entidades que no repartan utilidades entre sus asociados, así las cosas, se debe aplicar el artículo 5 del Decreto 092 de 2017, del que ya se hizo alusión.

Ahora bien, en el evento en que a la entidad pública le pretendan entregar un bien por medio de un contrato de comodato, para suscribirlo, de conformidad al caso concreto se debe observar la existencia de la causal de contratación directa, teniendo en cuenta que se deberá justificar en el estudio del sector la ausencia de pluralidad de oferentes; de lo contrario se adelantará un proceso de selección en el que se garantice los principios de la contratación pública.

CONSIDERACIONES FINALES

FINALIZACIÓN DE LOS CONTRATOS VIGENTES.

De conformidad con el artículo 1602 del Código Civil *"todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales"*

En ese orden de ideas, es de especial relevancia mencionar que, jurisprudencialmente el Consejo de Estado¹⁵ determinó que son doce causales de terminación del contrato estatal, las cuales se enlistan a continuación:

¹⁴ La Corte Constitucional en Sentencia C-026 de 1993, declaró la exequibilidad del artículo 38 de la Ley 9 de 1989.

(i) Mutuo acuerdo de las partes, (ii) cumplimiento del objeto; (iii) vencimiento del plazo extintivo de duración del contrato; (iv) terminación o vencimiento del plazo extintivo convenido para la ejecución del objeto del contrato, (v) acaecimiento de la condición resolutoria expresa, pactada por las partes. (vi) desaparición sobreviniente del objeto o imposibilidad de ejecución del objeto contratado; (vii) terminación unilateral propiamente dicha prevista en el artículo 17 de la Ley 80 de 1993; (viii) terminación unilateral del contrato por violación del régimen de inhabilidades o incompatibilidades; (ix) desistimiento -o renuncia-, del contratista por la modificación unilateral del contrato en cuantía que afecte más del 20% del valor original del mismo; (x) declaratoria judicial de terminación del contrato; (xi) declaratoria judicial de nulidad del contrato y (xii) declaratoria de caducidad administrativa del contrato.

Igualmente, se debe tener en consideración las causales específicas de terminación del contrato que trae el Código Civil y el Código de Comercio para cada tipología contractual.

A modo de ejemplo, se trae a colación las causas específicas de terminación del contrato de arrendamiento que trae el artículo 2008 del Código Civil:

“Artículo 2008: El arrendamiento de cosas expira de los mismos modos que los otros contratos, y especialmente:

1. *Por la destrucción total de la cosa arrendada.*
2. *Por la expiración del tiempo estipulado para la duración del arriendo.*
3. *Por la extinción del derecho del arrendador, según las reglas que más adelante se expresarán.*
4. *Por sentencia de juez o de prefecto en los casos que la ley ha previsto”*

Por otro lado, vale la pena destacar que sobre los contratos estatales puede recaer declaratoria de nulidad absoluta por las causales establecidas en: (i) artículo 1741 del Código civil, (ii) artículo 1899 del Código de comercio y (iii) artículo 44 de la Ley 80 de 1993.

En efecto, por regla general la nulidad del contrato estatal debe ser declarada por sentencia judicial, pero, en el evento en que se identifique las causales de nulidad previstas en los numerales 1,2 y 4 del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, el jefe o representante legal de la entidad podrá terminar el contrato mediante acto administrativo motivado.

En ese orden de ideas, respecto a la elusión de las modalidades de selección el Consejo de Estado ha manifestado que:

“Teniendo en cuenta que el numeral 8° del artículo 24 de la Ley 80 contiene la prohibición expresa de eludir los procedimientos previstos en la ley para seleccionar al contratista, es evidente que, por regla general la elusión o cambio de tales procedimientos debe ser concluido con la nulidad absoluta del contrato”

¹⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera (9 de mayo de 2012) sentencia 85001-23-31-000-2000-00198-01(20968). M.P Mauricio Fajardo Gómez

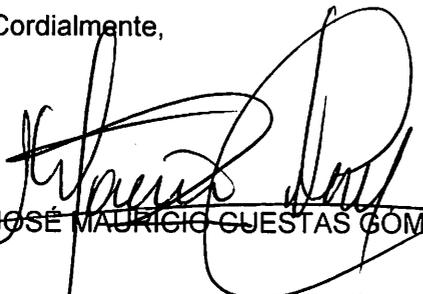
Así las cosas, en el evento en que se detecte que los contratos celebrados anteriormente por la Entidad adolecen de nulidad absoluta, se podrá realizar el proceso o procedimiento pertinente para que así sea declarado.

Así las cosas, es menester tener en cuenta las cláusulas que son expresamente prohibidas en el ordenamiento jurídico, como la prórroga automática del contrato estatal se debe considerar por no estipulada, tal como lo prevé el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007.

PREVALENCIA DEL CUMPLIMIENTO DE LAS DISPOSICIONES NORMATIVAS DEL ESTATUTO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

Cada seccional deberá cumplir a cabalidad el estatuto general de contratación pública para la celebración de cada una de las tipologías contractuales expuestas en el presente documento.

Cordialmente,



JOSÉ MAURIGIO GUESTAS GÓMEZ

Proyectó: Andrés Felipe Duque Grajales, UAL 
Revisó: Jorge Urueña López – UAL 
Revisó: Gabriel Paternina – UAL 
Revisó y aprobó: Dora Mercedes Rincón – Directora División de Contabilidad 
Revisó y aprobó: Belsy Yohana Puentes Duarte, Directora UAL (E) 