**CONTRATO – Definición**

El contrato es un «acto jurídico voluntario, una declaración de voluntad, que tiene por objeto establecer una relación jurídica entre dos personas, obligando a la una para con otra a determinada prestación». Se trata de un negocio jurídico en el sentido de que es el resultado de un acto dispositivo o de autorregulación de intereses de dos o más sujetos con efectos jurídicos para crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas.

**CONTRATO ESTATAL – Definición**

[…] el artículo 1º de la Ley 80 de 1993, Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, determina que su objetivo es disponer reglas y principios que rigen los contratos de las entidades estatales y, en ese sentido, el artículo 32 *ibídem* define los contratos estatales como «todos los actos jurídicos, generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere este estatuto [art. 2], previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad.»

De acuerdo con lo anterior, para la definición de contrato estatal basta con que una de las entidades que enumera el artículo 2º de la Ley 80 de 1993 sea una de las partes, sin importar el extremo de la relación jurídico negocial que asuma.

**CONTRATO ESTATAL – Autonomía de la voluntad**

Las entidades estatales regidas por el EGCAP están habilitadas para celebrar los contratos que suelen celebrar los particulares entre sí, en ejercicio de la autonomía de la voluntad privada. En ese sentido, puede ocurrir que dentro de la gestión ordinaria de sus competencias las entidades tengan necesidades que deban ser satisfechas a través de contratos como el arrendamiento, comodato o administración, en los que además de las disposiciones del EGCAP deberán aplicarse en su mayoría normas de derecho privado, lo que de ninguna manera desvirtúa la calidad de estatal de dichos contratos. Dicha calidad de contrato estatal tampoco depende de que la relación contractual implique o no la erogación de recursos públicos, ya que, se reitera, ello obedece a un criterio eminentemente orgánico. De acuerdo con esto, independientemente de que las entidades estatales realicen o no desembolsos de dinero a título de contraprestación, los contratos estatales, en tanto son celebrados para satisfacer necesidades de las entidades estatales, las cuales están asociadas al cumplimiento de sus funciones administrativas y cometidos misionales, involucran un interés público.

**CONTRATO DE COMODATO – características – elementos esenciales**

El comodato está previsto en el título XXIX del Código Civil, en cuyo artículo 2200 lo define como aquel 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». En virtud de esta definición, se desprende su carácter de contrato nominado, principal, real, unilateral y gratuito. También se le ha denominado a este negocio jurídico como préstamo de uso, aunque con características propias y completamente diferente al préstamo de consumo. […] Si bien el artículo 1452 del Código Civil dispone que no existe donación en el comodato, implica un auxilio en favor de terceros. Para estos efectos, la jurisprudencia considera que el contrato «*Es tal vez una de las más elementales pero contundentes muestras de solidaridad, ayuda y auxilio, como que se trata de un acto de cortesía, benevolencia, beneficencia o complacencia que no tiene el lucro como inspiración esencial y que facilita al comodatario la satisfacción de sus necesidades* […] No en vano, comodato viene del latín *commodatum*, expresión que conjuga los términos *commodum* -utilidad, provecho- y *datum* -dar-, es decir, entregar para utilidad de otro (*utendum dare*)» (Énfasis fuera de texto).

**CONTRATO DE COMODATO – Entidad estatal comodante / CONTRATO DE COMODATO – Entidad estatal comodatario**

El supuesto antes expuesto hace referencia al caso cuando la entidad estatal tiene la condición de comodante, es decir, cuando la entidad tiene el dominio de la cosa y la entrega a otra persona – que deben ser 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, conforme lo expuesto anteriormente – para que esta haga uso de ella. En síntesis, i) 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, por un término máximo de cinco (5) años, renovables, de acuerdo con lo establecido en el artículo 38 de la Ley 9 de 1989; ii) las entidades estatales pueden celebrar contrato de comodato de bienes muebles entre sí, de acuerdo con las reglas del Código Civil; iii) en virtud del artículo 355 de la Constitución Política, las entidades estatales pueden entregar en comodato sus bienes muebles a entidades privadas sin ánimo de lucro, y el tiempo de duración del contrato estará sujeto en todo caso a la actividad misional de la respectiva entidad estatal de acuerdo con lo previsto en el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 y; iv) las entidades estatales pueden celebrar contratos de comodato con privados, actuando en calidad de comodatarias, caso en el cual no tienen restricción normativa para celebrar este tipo de contratos, con fundamento en la autonomía de la voluntad que establece el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, sin perjuicio del cumplimiento de los principios constitucionales aplicables a la función administrativa y los de la contratación estatal (artículo 23 *ibídem*). En estos eventos el tipo contractual se rige de acuerdo con las normas dispuestas en los artículos 2200 al 2220, dada la remisión expresa que establece el artículo 13 de la Ley 80 de 1993 en cuanto al régimen de derecho que aplica a los contratos estatales.

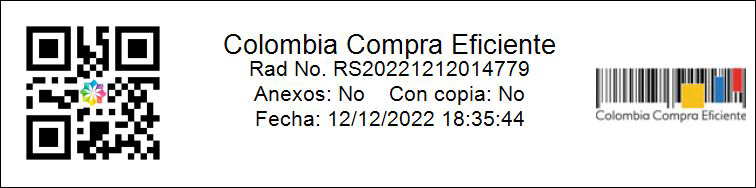
**CONTRATACIÓN DIRECTA – Características**

El artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 actualmente establece las cinco (5) modalidades de selección para la escogencia del contratista y fija las reglas de cada una de ellas: licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos, mínima cuantía y contratación directa. Por su parte, la exposición de motivos de la Ley 1150 de 2007 señala las razones por las cuales se establecieron las modalidades de selección, pues «A ese respecto es claro que las experiencias exitosas a nivel internacional demuestran que el criterio de distinción que debe gobernar un esquema contractual eficiente es el de modular las modalidades de selección en razón a las características del objeto».

Estas modalidades de selección se pueden dividir doctrinariamente en: i) competitivas y ii) no competitivas. La Guía de competencia en las compras públicas de la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente señala que: «[…] la competencia, entendida como rivalidad efectiva entre empresas de un mismo mercado, incentiva la reducción de precios, el aumento de la calidad, la lucha contra la corrupción y la innovación por parte del sector privado».

**CONTRATACIÓN DIRECTA – Modalidad de selección para los contratos de comodato**

en relación con la modalidad de selección aplicable para celebrar contratos de comodato, debe señalarse que, cuando el contrato de comodato se celebra entre entidades estatales la modalidad de selección es contratación directa, lo cual tiene su fundamento en el literal c), numeral 4 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 el cual establece como causal de la contratación directa los contratos interadministrativos. Por el contrario, si el contrato de comodato se celebra entre una entidad estatal y un particular, fungiendo la entidad estatal en calidad de comodataria, la modalidad del proceso de selección va a depender de las circunstancias y particularidades que tenga el Proceso de Contratación. Por ejemplo, aplicaría la contratación directa en virtud de la causal establecida en el literal g) numeral 4 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, la cual establece que procede la contratación directa «cuando no exista pluralidad de oferentes en el mercado», esto en la medida que sería un solo particular, quien posea el derecho de dominio sobre el bien que se va a entregar, el que oferte a la entidad estatal.



Bogotá D.C.,

Señor

**Juan Pablo Bustos**

[jpbustos@dane.gov.co](mailto:jpbustos@dane.gov.co)

**Concepto C – 799 de 2022**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:** | CONTRATO – Definición / CONTRATO ESTATAL – Definición / CONTRATO ESTATAL – Autonomía de la voluntad / CONTRATO DE COMODATO – características – elementos esenciales / CONTRATO DE COMODATO – Entidad estatal comodante / CONTRATO DE COMODATO – Entidad estatal comodatario / CONTRATACIÓN DIRECTA – Características / CONTRATACIÓN DIRECTA – Modalidad de selección para los contratos de comodato |
| **Radicación:** | Respuesta a las consultas P20221008010162 y P20221011010242 (Acumulados) |

Estimado señor Bustos:

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, en ejercicio de la competencia otorgada por el numeral 8 del artículo 11 y el numeral 5 del artículo 3 del Decreto Ley 4170 de 2011, responde su consulta remitida a esta Entidad por usted el 7 de octubre de 2022 y el por el Departamento Administrativo de la Función Pública 12 de octubre de 2022.

1. **Problema planteado**

En relación con la celebración de los contratos de comodato, usted realiza las siguientes preguntas:

«1. ¿Puede una entidad estatal, que esté sometida al estatuto general de contratación, celebrar un contrato de comodato, en calidad de comodatario, con un particular?

En caso de ser afirmativa la respuesta a la pregunta anterior

2. ¿Cuál sería la modalidad de contratación idónea para celebrar ese contrato?»

**2. Consideraciones**

En ejercicio de las competencias establecidas en el numeral 5° del artículo 3 y el numeral 8° del artículo 11 del Decreto Ley 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente resuelve las consultas sobre los asuntos de su competencia, esto es, sobre las temáticas de la contratación estatal y compras públicas relacionadas en los artículos citados. Es necesario tener en cuenta que esta entidad solo tiene competencia para responder solicitudes sobre la aplicación de normas de carácter general en materia de compras y contratación pública. En ese sentido, resolver casos particulares desborda las atribuciones asignadas por el legislador extraordinario, que no concibió a Colombia Compra Eficiente como una autoridad para solucionar problemas jurídicos particulares de todos los partícipes de la contratación estatal.

La competencia de esta entidad se fija con límites claros, con el objeto de evitar que la Agencia actúe como una instancia de validación de las actuaciones de las entidades sujetas a la Ley 80 de 1993 o de los demás participantes de la contratación pública[[1]](#footnote-1). Esta competencia de interpretación de normas generales, por definición, no puede extenderse a la resolución de controversias, ni a brindar asesorías sobre casos puntuales. Esto en la medida en que, para resolver una consulta de carácter particular, además de conocer un sinnúmero de detalles de la actuación administrativa, es necesario acceder al expediente y a los documentos del procedimiento contractual donde surge la inquietud. Por lo anterior, previo concepto de sus órganos asesores, la solución de estos temas corresponde a la entidad que adelanta el procedimiento de selección y, en caso de conflicto, a las autoridades judiciales, fiscales y disciplinarias.

Adicionalmente, es preciso advertir que los conceptos emitidos en ejercicio de la referida competencia consultiva reflejan las posiciones hermenéuticas de la Agencia sobre la aplicación de las normas generales sometidas a su consideración, desarrollando posturas sustentadas a partir del estudio de las diferentes fuentes del derecho existentes en la materia. En cualquier caso, estos conceptos tienen el alcance señalado por el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011, de acuerdo con el contenido sustituido por la Ley 1755 de 2015, el cual señala «[…] 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 términos generales, lo que se busca es que la opinión jurídica de la entidad sirva a los ciudadanos y a la administración pública para el ejercicio de sus derechos y la defensa de sus intereses, y como criterio de orientación para el cumplimiento de sus competencias legales, sin que tome partida por uno u otro, pues a la autoridad que emite el concepto no le compete resolver una controversia o prevenir una problemática, esto es, no le corresponde determinar quién tienen la razón en su interpretación normativa. Esto no descarta que, en la práctica, al emitirse la opinión sobre la interpretación del ordenamiento jurídico, exista coincidencia con el criterio que expone alguna de las partes o la persona que solicita la consulta, circunstancia que no descarta interpretaciones diferentes y, mucho menos, valida la del peticionario, ya que las competencias consultivas no lo permiten[[2]](#footnote-2).

Conforme a lo anterior, dentro de los límites de las atribuciones de la función consultiva atribuida a esta entidad, esto es, interpretando de manera general las normas relevantes, la Agencia absolverá los interrogantes formulados, previo análisis de los siguientes temas: i) contratos estatales y autonomía de la voluntad de las entidades; ii) contrato de comodato y análisis de la consulta del peticionario y; iii) modalidad de selección de contratación directa**.**

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente se ha referido al contrato de comodato en los conceptos con radicado No. 415140000909 de 2015, C-014 del 24 de marzo de 2020 y C- 012 de 2022. Así mismo, frente a la contratación directa como modalidad de selección de contratistas y a la aplicación de los principios generales de la contratación pública, entre otros, la Agencia se ha pronunciado en los Conceptos C-418 del 18 de agosto de 2021, C-561 del 8 de octubre de 2021 y C-687 de 2021, C-181 del 6 de abril de 2022 y C-250 del 4 de mayo de 2022. Así mismo, esta Agencia se ha pronunciado en los conceptos C-148 de 2021, C-215 del 12 de mayo de 2021, C-418 del 18 de agosto de 2021, C-603 del 02 de noviembre de 2021, C-742 del 27 de diciembre de 2021, C-017 del 22 de febrero de 2022, C-043 del 01 de marzo del 2022, C- 069 del 30 marzo de 2022[[3]](#footnote-3). Las tesis desarrolladas en dichos conceptos se reiteran y se complementan en lo pertinente a continuación.

**2.1. Contratos estatales y autonomía de la voluntad**

El contrato es un «acto jurídico voluntario, una declaración de voluntad, que tiene por objeto establecer una relación jurídica entre dos personas, obligando a la una para con otra a determinada prestación»[[4]](#footnote-4). Se trata de un negocio jurídico en el sentido de que es el resultado de un acto dispositivo o de autorregulación de intereses de dos o más sujetos con efectos jurídicos para crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas[[5]](#footnote-5).

En efecto, el artículo 1495 del Código Civil, establece que el «[c]ontrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer, o no alguna cosa. Cada parte puede ser de una o muchas personas». A su turno, el Código de Comercio establece en el artículo 864 que «[e]l contrato es un acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial».

Por su parte, el artículo 1º de la Ley 80 de 1993 –Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, en adelante EGCAP–, determina que su objetivo es disponer reglas y principios que rigen los contratos de las entidades estatales y, en ese sentido, el artículo 32 *ibídem* define los contratos estatales como «todos los actos jurídicos, generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere este estatuto [art. 2], previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad».

De acuerdo con lo anterior, para la definición de contrato estatal basta con que una de las entidades que enumera el artículo 2º de la Ley 80 de 1993[[6]](#footnote-6) sea una de las partes, sin importar el extremo de la relación jurídico negocial que asuma. En efecto, el Consejo de Estado ha sostenido que el criterio definitorio de un contrato estatal es que haya sido celebrado por una entidad estatal:

Nótese cómo, elemento esencial para calificar de estatal un contrato, es que haya sido celebrado por una entidad estatal, es decir, una entidad pública con capacidad legal para celebrarlo. Dicho de otro modo, no existen contratos estatales celebrados entre particulares, ni siquiera cuando éstos han sido habilitados legalmente para el ejercicio de funciones públicas[[7]](#footnote-7).

Así pues, el contrato estatal es el acto jurídico creador de obligaciones en cuya celebración concurre una de las entidades estatales, independientemente de que se trate de contratos previstos o tipificados en el derecho privado, en disposiciones especiales o que sencillamente resulten del ejercicio de la autonomía de la voluntad, como sucede con los que se clasifican como atípicos e innominados –artículo 32 de la Ley 80–. Por lo tanto, la Ley 80 de 1993 adoptó un criterio eminentemente subjetivo u orgánico, esto es, en atención a la naturaleza de los sujetos u órganos que intervienen en la formación del vínculo contractual, para efectos de determinar que los contratos podrán catalogarse como estatales únicamente en cuanto en uno de sus extremos, al menos, se encuentre una entidad estatal[[8]](#footnote-8), con independencia del régimen de derecho aplicable.

Este entendimiento encuentra, además, recepción en los artículos 13 y 40 de la Ley 80 de 1993, los cuales integran al derecho contractual estatal «las disposiciones comerciales y civiles pertinentes», cuando indican que estos se regirán de forma supletiva por ese régimen jurídico, salvo en las materias expresa y particularmente reguladas por el EGCAP, lo que permite concluir que «mediante la Ley 80, se pretendió que la actividad contractual del Estado quedará bajo la égida del contrato estatal, caracterizado por tener un régimen jurídico mixto, integrado por normas de derecho público y derecho privado»[[9]](#footnote-9). En armonía con lo anterior, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, expresó que en tal virtud, por regla general:

«[…] las entidades estatales dentro del ámbito de aplicación del Estatuto General de Contratación de la Administración Púbica, cuando celebren contratos deben cumplir las disposiciones del derecho privado (comerciales y civiles) que resulten aplicables, excepto en aquellas materias expresamente reguladas por el citado Estatuto y las normas que lo modifiquen o adicionen, verbigracia, los mecanismos de selección, los principios de transparencia, economía y responsabilidad, el deber de selección objetiva, las inhabilidades e incompatibilidades para contratar, los requisitos de perfeccionamiento y ejecución del contrato, el equilibrio económico y financiero del contrato, las cláusulas excepcionales (interpretación, modificación y terminación unilaterales, caducidad, reversión y sometimiento de a las leyes nacionales), la imposición y efectividad de las multas y cláusula penal una vez pactadas, las garantías del contrato, las nulidades específicas del contrato estatal, el silencio administrativo positivo, la liquidación del contrato, entre otras»[[10]](#footnote-10).

Así, por ejemplo, las entidades estatales, sujetas a la Ley 80 de 1993, para seleccionar a sus contratistas y la oferta más favorable para sus intereses no se encuentran en una posición de libertad absoluta, pues están sujetas a los procedimientos preestablecidos en las leyes y reglamentos. La preparación, adjudicación y perfeccionamiento de sus contratos es eminentemente reglado, fijado por el orden jurídico, bajo precisos principios que garantizan el derecho a la igualdad de los oferentes, la libertad de participación y el cumplimiento de los fines estatales perseguidos con esta actividad. Por eso, el ordenamiento establece mecanismos, modalidades o procesos de selección objetiva de la persona más idónea y la oferta más favorable o ventajosa para la celebración del contrato con la administración, que serán más o menos rigurosos en función a ciertos elementos, como la cuantía, el tipo o naturaleza del contrato o el objeto de los bienes y servicios requeridos (1. Licitación pública. 2. Selección abreviada. 3. Concurso de méritos, 4. Contratación directa y 5. Mínima cuantía, artículos 24 de la Ley 80 de 1993 y 2 de la Ley 1150 de 2007). Las normas que consagran estos procedimientos de selección son de carácter imperativo y de orden público, no disponibles y, por tanto, de obligatorio cumplimiento, lo que implica que no pueden ser dispuestas por sus destinatarios de manera diferente y sus efectos no pueden evitarse o modificarse.

Ahora bien, como el contrato estatal se equipará al acuerdo de voluntades en que uno de los extremos es una entidad pública, no solo pertenecen a esta categoría los celebrados por las entidades a las que se refiere la Ley 80 de 1993, sino también aquellos en los que interviene como parte cualquier entidad pública, independiente del régimen jurídico aplicable. Este criterio es el que ha sido adoptado por el Consejo de Estado, para quien el carácter de contrato estatal se establece por la presencia de una entidad estatal como parte del mismo:

[L]a Jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que la naturaleza del contrato no depende de su régimen jurídico, por tanto, al adoptar un criterio orgánico, se ha expuesto que serán considerados contratos estatales aquellos que celebren las entidades de igual naturaleza. En este sentido se ha pronunciado esta Sala: “De este modo, son contratos estatales ‘todos los contratos que celebren las entidades públicas del Estado, ya sea que se regulen por el Estatuto General de Contratación Administrativa o que estén sujetos a regímenes especiales’”.[[11]](#footnote-11)

De todos modos, sin perjuicio del régimen normativo que aplique al negocio jurídico estatal, la entidad pública exceptuada y con régimen especial de contratación debe observar y acatar los principios consagrados en los artículos 209 y 267 de la Constitución Política y aplicar las mismas inhabilidades e incompatibilidades del régimen general de la contratación estatal, según mandato expreso del artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, sin perjuicio, de la aplicación de otras disposiciones que aplican de forma transversal a los contratos celebrados por entidades públicas.

Conforme a lo anterior, el contrato estatal, sea sujeto al ámbito del EGCAP o por fuera de él, es un acuerdo de voluntades celebrado por una entidad estatal con un particular u otra entidad que genera, extingue o modifica obligaciones para quienes lo suscriben, regida por un derecho mixto, en los términos explicados.

Finalmente, es preciso mencionar que las entidades estatales regidas por el EGCAP están habilitadas para celebrar los contratos que suelen celebrar los particulares entre sí, en ejercicio de la autonomía de la voluntad privada. En ese sentido, puede ocurrir que dentro de la gestión ordinaria de sus competencias las entidades tengan necesidades que deban ser satisfechas a través de contratos como el arrendamiento, comodato o administración, en los que además de las disposiciones del EGCAP deberán aplicarse en su mayoría normas de derecho privado, lo que de ninguna manera desvirtúa la calidad de estatal de dichos contratos.

Dicha calidad de contrato estatal tampoco depende de que la relación contractual implique o no la erogación de recursos públicos, ya que, se reitera, ello obedece a un criterio eminentemente orgánico. De acuerdo con esto, independientemente de que las entidades estatales realicen o no desembolsos de dinero a título de contraprestación, los contratos estatales, en tanto son celebrados para satisfacer necesidades de las entidades estatales, las cuales están asociadas al cumplimiento de sus funciones administrativas y cometidos misionales, involucran un interés público.

**2.2. Contrato de comodato y análisis de la pregunta del peticionario**

El comodato está previsto en el título XXIX del Código Civil, en cuyo artículo 2200 lo define como aquel 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». En virtud de esta definición, se desprende su carácter de contrato nominado, principal, real, unilateral y gratuito[[12]](#footnote-12). También se le ha denominado a este negocio jurídico como préstamo de uso, aunque con características propias y completamente diferente al préstamo de consumo.

De igual manera, el Código Civil regula lo relacionado con los derechos del comodante. Al respecto, establece que el comodato no trasfiere el dominio de la cosa dada en comodato y, por ello, el comodante «conserva sobre la cosa prestada todos los derechos que antes tenía, pero no su ejercicio, en cuanto fuere incompatible con el uso concedido al comodatario» (artículo 2201 del C.C.), por lo tanto, el comodatario es un mero tenedor de la cosa y está obligado a la restitución del bien entregado en comodato al vencimiento del plazo o cuando se ha cumplido el servicio para el cual ha sido prestada (artículo 2205 del C.C.[[13]](#footnote-13)).

Ahora bien, el comodatario tendrá la obligación de emplear la cosa para el uso convenido, o a falta de acuerdo, está obligado a usar la cosa bajo el uso ordinario (artículo 2202 del C.C.[[14]](#footnote-14)). De incumplir esta obligación, el comodante podrá exigir la reparación de perjuicios y la restitución inmediata de la cosa.

A propósito de las características del contrato de comodato, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado se ha pronunciado[[15]](#footnote-15), en los siguientes términos:

Cabe señalar que el contrato de comodato, hoy por hoy, es más común en el derecho contractual administrativo que en el derecho privado; es una figura que ha permitido a las diferentes entidades estatales generar ahorro en componentes de gastos, tales como arrendamiento de sedes, costos de administración, mantenimiento y conservación de los bienes públicos; lo que evidencia algunas de las bondades de esta figura independientemente de las políticas que se dicten en materia de administración de los bienes públicos y de las posibilidades económicas que el Estado tiene para su manejo directo.

[…]

La Sala retoma algunos aspectos analizados en consultas anteriores sobre las características del contrato en comento y precisa lo siguiente con el fin de comprender el alcance de esta figura:

* El comodato se clasifica dentro de los denominados contratos traslaticios del uso y disfrute de un bien.[[16]](#footnote-16)
* De conformidad con lo previsto en el artículo 32 de la ley 80 de 1993, las entidades estatales están facultadas para celebrar este tipo de contrato regulado por 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.[[17]](#footnote-17)

Si bien el artículo 1452 del Código Civil dispone que no existe donación en el comodato, implica un auxilio en favor de terceros. Para estos efectos, la jurisprudencia considera que el contrato «*Es tal vez una de las más elementales pero contundentes muestras de solidaridad, ayuda y auxilio, como que se trata de un acto de cortesía, benevolencia, beneficencia o complacencia que no tiene el lucro como inspiración esencial y que facilita al comodatario la satisfacción de sus necesidades* […] No en vano, comodato viene del latín *commodatum*, expresión que conjuga los términos *commodum* -utilidad, provecho- y *datum* -dar-, es decir, entregar para utilidad de otro (*utendum dare*)»[[18]](#footnote-18) (Énfasis fuera de texto).

Sin perjuicio de lo anterior, resulta relevante resaltar que esta tipología contractual es restrictiva en la contratación pública, cuando se pretende celebrar con particulares, máxime cuando el ordenamiento solo permite donaciones y auxilios a favor de entidades estatales. Al respecto, es importante destacar que el artículo 38 de la Ley 9 de 1989 dispone:

*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 (Énfasis fuera de texto).

La norma prohibitiva antes citada se desprende del inciso 1º del artículo 355 de la Constitución Política de 1991, el cual dispone que «Ninguna de las ramas u órganos del poder público podrá decretar auxilios o donaciones en favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado».

Mediante concepto con el radicado No. 415140000909 de 2015, la Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente explicó que el artículo 38 de la Ley 9 de 1989 contiene una restricción al texto constitucional del artículo 355, toda vez que tratándose de bienes inmuebles establece dos (2) condiciones a las que están sujetas las entidades estatales para celebrar el contrato de comodato: i) el tiempo de duración del contrato y ii) las personas con las cuales puede celebrarlo. Con fundamento en la misma norma, precisó que esta no establece restricción frente al contrato de comodato de bienes muebles, por tanto, las entidades estatales podrían celebrar contratos de comodato entre sí, de acuerdo con las reglas del Código Civil dispuestas entre los artículos 2200 al 2220.

El supuesto antes expuesto hace referencia al caso cuando la entidad estatal tiene la condición de comodante, es decir, cuando la entidad tiene el dominio de la cosa y la entrega a otra persona – que deben ser 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, conforme lo expuesto anteriormente – para que esta haga uso de ella.

Ahora bien, la prohibición transcrita en los párrafos anteriores no aplicaría para el supuesto de hecho en el cual la entidad estatal tenga la condición de comodataria, pues en este caso la entidad estatal no entregaría un bien a otra persona, sino que por el contrario a la entidad estatal le entregarían el bien para su uso. Esta postura se basa en dos (2) argumentos: i) De acuerdo con lo prescrito en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, las entidades públicas en ejercicio de la autonomía de la voluntad pueden celebrar contratos con particulares para satisfacer sus necesidades que estén asociadas con el logro del interés público, siempre que no estén prohibidas por la Constitución y la Ley; ii) en el supuesto que la entidad estatal actúe como comodatario no está entregando sus bienes en favor de un particular, por el contrario estaría recibiendo un bien para que haga uso del mismo, y con cargo de restituir la misma especie después de terminar el uso.

En síntesis, i) 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, por un término máximo de cinco (5) años, renovables, de acuerdo con lo establecido en el artículo 38 de la Ley 9 de 1989; ii) las entidades estatales pueden celebrar contrato de comodato de bienes muebles entre sí, de acuerdo con las reglas del Código Civil; iii) en virtud del artículo 355 de la Constitución Política, las entidades estatales pueden entregar en comodato sus bienes muebles a entidades privadas sin ánimo de lucro, y el tiempo de duración del contrato estará sujeto en todo caso a la actividad misional de la respectiva entidad estatal de acuerdo con lo previsto en el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 y; iv) las entidades estatales pueden celebrar contratos de comodato con privados, actuando en calidad de comodatarias, caso en el cual no tienen restricción normativa para celebrar este tipo de contratos, con fundamento en la autonomía de la voluntad que establece el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, sin perjuicio del cumplimiento de los principios constitucionales aplicables a la función administrativa y los de la contratación estatal (artículo 23 *ibídem*). En estos eventos el tipo contractual se rige de acuerdo con las normas dispuestas en los artículos 2200 al 2220, dada la remisión expresa que establece el artículo 13 de la Ley 80 de 1993 en cuanto al régimen de derecho que aplica a los contratos estatales.

Finalmente, atendiendo a la consulta realizada, en relación con la modalidad de selección aplicable para celebrar contratos de comodato, debe señalarse que, cuando el contrato de comodato se celebra entre entidades estatales la modalidad de selección es contratación directa, lo cual tiene su fundamento en el literal c), numeral 4 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 el cual establece como causal de la contratación directa los contratos interadministrativos. Por el contrario, si el contrato de comodato se celebra entre una entidad estatal y un particular, fungiendo la entidad estatal en calidad de comodataria, la modalidad del proceso de selección va a depender de las circunstancias y particularidades que tenga el Proceso de Contratación. Por ejemplo, aplicaría la contratación directa en virtud de la causal establecida en el literal g) numeral 4 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, la cual establece que procede la contratación directa «cuando no exista pluralidad de oferentes en el mercado», esto en la medida que sería un solo particular, quien posea el derecho de dominio sobre el bien que se va a entregar, el que oferte a la entidad estatal. Teniendo en cuenta que aplicaría la modalidad de selección de la contratación directa, a continuación, se proceden a exponer sus principales características.

**2.3. Modalidad de selección de contratación directa**

El artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, actualmente, establece las cinco (5) modalidades de selección para la escogencia del contratista y fija las reglas de cada una de ellas: licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos, mínima cuantía y contratación directa. Por su parte, la exposición de motivos de la Ley 1150 de 2007 señala las razones por las cuales se establecieron las modalidades de selección del artículo 2 «[a] ese respecto es claro que las experiencias exitosas a nivel internacional demuestran que el criterio de distinción que debe gobernar un esquema contractual eficiente es el de modular las modalidades de selección en razón a las características del objeto»[[19]](#footnote-19).

Estas modalidades de selección se pueden dividir doctrinariamente en: i) competitivas y ii) no competitivas. La «Guía de competencia en las compras públicas de la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente» señala que: «[…] la competencia, entendida como rivalidad efectiva entre empresas de un mismo mercado, incentiva la reducción de precios, el aumento de la calidad, la lucha contra la corrupción y la innovación por parte del sector privado»[[20]](#footnote-20).

Por tanto, modalidades como la licitación pública, la selección abreviada, el concurso de méritos y la mínima cuantía son modalidades de selección competitivas o abiertas a competencia, ya que en ellas tiene lugar la participación de varios proponentes en una fase pública de presentación de ofertas. Esto permite que todas las personas interesadas concurran al proceso en igualdad de condiciones y compitan en el mismo.

Lo contrario ocurre con la modalidad de selección de contratación directa que no es competitiva, es decir, que no es abierta a los proponentes para que los interesados presenten sus ofertas. En esta, es la entidad la que determina, de forma directa, la persona que puede participar y que será seleccionada.

Lo anterior se complementa con lo expuesto por la Corte Constitucional, en Sentencia C-713 de 2009, donde estudió la constitucionalidad de los artículos 2 –parcial– y 5 –parcial– de la Ley 1150 de 2007. En la decisión judicial mencionada analizó los principios de libre concurrencia y selección objetiva en la contratación pública, como expresiones del derecho a la igualdad de oportunidades para quienes tengan interés en participar en la contratación estatal.

Esos principios se manifiestan en que no exista discriminación y en que las entidades no impongan limitaciones mediante reglas que impidan la concurrencia para obtener mejores condiciones de contratación. Esto permite excepciones que busquen condiciones del contratista que sean favorables a los intereses del Estado y aseguren la transparencia del procedimiento como, por ejemplo, la existencia de las inhabilidades e incompatibilidades que también aplican en los supuestos de contratación directa[[21]](#footnote-21).

En relación con la contratación directa, es importante señalar que, es una excepción al principio de libre concurrencia y competencia, que se aplica en los procesos de contratación, para que cualquier persona interesada en satisfacer la necesidad de una entidad pueda presentar una oferta. Siendo una excepción a los mencionados principios que rigen la contratación estatal, esta modalidad de contratación es de aplicación restrictiva, es decir, solo procede por las causales señaladas expresamente en la ley. Principalmente, las causales de la contratación directa se encuentran contenidas en el numeral 4 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, no obstante, también se pueden encontrar en otras leyes eventos en los que se autorice la contratación bajo esta modalidad. En tal sentido, su aplicación no puede efectuarse por fuera del contenido normativo, ni operar más allá de lo que la misma norma dispone, dentro del contexto del ordenamiento jurídico de la contratación estatal.

Según el numeral 4 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, las causales para acudir a la modalidad de selección de contratación directa son: i) la urgencia manifiesta. ii) La contratación entre entidades estatales. iii) Cuando no exista pluralidad de oferentes[[22]](#footnote-22). iv) Contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión[[23]](#footnote-23). v) Contratos para la ejecución de contratos artísticos que sólo pueden encomendarse a determinadas personas naturales. vi) Adquisición y arrendamiento de bienes inmuebles. vii) Contratos de empréstitos. viii) Contratación de bienes y servicios del sector defensa que requieran reserva. ix) Contratos para el desarrollo de actividades científicas y tecnológicas. x) Contratos de encargo fiduciario que celebren las entidades territoriales cuando inicien el acuerdo de reestructuración de pasivos. xi) La contratación de bienes y servicios de la Dirección Nacional de Inteligencia (DNI), que requieran reserva para su adquisición. xii) La selección de peritos expertos o asesores técnicos para presentar o contradecir el dictamen pericial en procesos judiciales. xiii) Los contratos o convenios que las entidades estatales suscriban con los cabildos Indígenas y las Asociaciones de Autoridades Tradicionales Indígenas, cuyo objeto esté relacionado con el fortalecimiento del Gobierno Propio, la identidad cultural, el ejercicio de la autonomía, y/o la garantía de los Derechos de los Pueblos Indígenas. xiv) Los contratos que las entidades estatales suscriban con los consejos comunitarios de las comunidades negras, cuyo objeto esté relacionado con el fortalecimiento del gobierno propio, la identidad étnica y cultural, el ejercicio de la autonomía, y/o la garantía de los derechos de los pueblos de las mismas comunidades. xv) Los contratos que las entidades estatales suscriban con las organizaciones de base de personas pertenecientes a poblaciones afrocolombianas, raizales y palenqueras o con las demás formas y expresiones organizativas, que cuenten con diez (10) años o más de haber sido incorporados, por el Ministerio del Interior en el correspondiente Registro Público Único Nacional y que hayan cumplido con el deber de actualización de información en el mismo registro, cuyo objeto esté relacionado con el fortalecimiento de sus organizaciones, la identidad étnica y cultural, y/o la garantía de los derechos de las poblaciones de las mismas organizaciones[[24]](#footnote-24). Sin perjuicio del listado consagrado en el citado artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, como se mencionó anteriormente, el legislador puede establecer otras causales en leyes especiales, en las cuales opera la contratación directa.

En la contratación directa no es necesario que la entidad reciba más de una oferta, la cual proviene de la persona que la entidad escoge directamente y, por ende, invita a ofertar el bien o servicio que requiere. Lo anterior puede estar basado en que el proponente es único o en que el legislador privilegió algunos objetos contractuales u oferentes para contratarlos de manera directa. De igual forma, esto implica que el proceso será simplificado, corto, ágil y expedito, por no exigir el agotamiento de una convocatoria pública o la realización de un proceso competitivo. Lo anterior no exime a las entidades estatales de garantizar los principios rectores de la contratación pública.

Debe destacarse que existe otra diferencia fundamental con las modalidades de selección competitivas mencionadas: en la contratación directa no se otorga puntaje a las ofertas para ponderarlas y elegir el ofrecimiento más favorable, pues la entidad recibe solo una oferta. Lo anterior es explicado por el Consejo de Estado, en los siguientes términos:

Se define la expresión contratación directa entendida como cualquier mecanismo de escogencia del contratista en el que se prescinde de la licitación o concurso, sin que se tenga en cuenta por el legislador estatutario el régimen de contratación aplicable, ya sea contenido en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública - ley 80 de 1993 -, o uno especial en razón del objeto del contrato o del órgano que contrata[[25]](#footnote-25).

Por consiguiente, en la contratación directa la entidad no establece puntaje para ponderar ofertas, porque se presenta una sola, que corresponde a la de la persona a quien la entidad invitó y seleccionó en forma directa.

Como se enunció anteriormente, la realización del procedimiento administrativo de selección de contratación directa de manera alguna exime a la entidad de aplicar los principios que irradian a la contratación con el Estado, aunque, a lo sumo, dichos principios quizás se morigeran o modulan frente a la naturaleza y finalidades especiales de tal procedimiento de selección, pero en ningún momento se anulan o excepcionan.

Tal aserto no solo se deriva del hecho que todo procedimiento de selección, independientemente de su modalidad, es una forma de manifestación de la función administrativa y formalmente un procedimiento administrativo especial que, por ende, debe atender a los principios que a tal función y a dicho procedimiento atañe; sino por la expresión clara, entre otros, del artículo 23 de la Ley 80 de 1993 que establece que «Las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa. Igualmente, se aplicarán en las mismas las normas que regulan la conducta de los servidores públicos, las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo». En el mismo sentido, el artículo 2 de la Ley 1150 del 2007 establece que, en el procedimiento aplicable a cada una de las modalidades de selección de contratistas, «deberá[n] observarse los principios de transparencia, economía, responsabilidad»[[26]](#footnote-26)

**3. Respuesta**

«1. ¿Puede una entidad estatal, que esté sometida al estatuto general de contratación, celebrar un contrato de comodato, en calidad de comodatario, con un particular?

En caso de ser afirmativa la respuesta a la pregunta anterior

2. ¿Cuál sería la modalidad de contratación idónea para celebrar ese contrato?»

Conforme lo expuesto en el presente concepto, las entidades estatales regidas por el EGCAP están habilitadas para celebrar los contratos que suelen celebrar los particulares entre sí, en ejercicio de la autonomía de la voluntad privada, en virtud del artículo 32 de la Ley 80 de 1993. En ese sentido, puede ocurrir que dentro de la gestión ordinaria de sus competencias las entidades tengan necesidades que deban ser satisfechas a través de contratos como el arrendamiento, comodato o administración, en los que además de las disposiciones del EGCAP deberán aplicarse en su mayoría normas de derecho privado.

El contrato de comodato está previsto en el título XXIX del Código Civil, en cuyo artículo 2200 lo define como aquel 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».

Teniendo en cuenta que en la consulta se hace referencia a la posibilidad de una entidad estatal de celebrar un contrato de comodato con un particular, fungiendo en calidad de comodatario es importante mencionar que este un mero tenedor de la cosa y está obligado a la restitución del bien entregado en comodato al vencimiento del plazo o cuando se ha cumplido el servicio para el cual ha sido prestada

Ahora, si bien el artículo 38 de la Ley 9 de 1989 consagra una restricción a la celebración de contratos de comodato, en la medida que señala que «*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*», lo cierto es que este supuesto hace referencia al caso cuando la entidad estatal tiene la condición de comodante, es decir, cuando la entidad tiene el dominio del bien y lo entrega a otra persona – la señalas en la norma citada – para que esta haga uso de ella.

La prohibición transcrita no aplicaría para el supuesto de hecho en el cual la entidad estatal tenga la condición de comodataria, pues en este caso la entidad estatal no entregaría un bien a otra persona, sino que por el contrario a la entidad estatal le entregarían el bien para su uso. Esta postura se basa en dos (2) argumentos: i) De acuerdo con lo prescrito en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, las entidades públicas en ejercicio de la autonomía de la voluntad pueden celebrar contratos con particulares para satisfacer sus necesidades que estén asociadas con el logro del interés público, siempre que no estén prohibidas por la Constitución y la Ley; ii) en el supuesto que la entidad estatal actúe como comodatario no está entregando sus bienes en favor de un particular, por el contrario estaría recibiendo un bien para que haga uso del mismo, y con cargo de restituir la misma especie después de terminar el uso.

Finalmente, atendiendo a la consulta realizada, en relación con la modalidad de selección aplicable para celebrar contratos de comodato, debe señalarse que, cuando el contrato de comodato se celebra entre entidades estatales la modalidad de selección es contratación directa, lo cual tiene su fundamento en el literal c), numeral 4 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 el cual establece como causal de la contratación directa los contratos interadministrativos. Por el contrario, si el contrato de comodato se celebra entre una entidad estatal y un particular, fungiendo la entidad estatal en calidad de comodataria, la modalidad del proceso de selección va a depender de las circunstancias y particularidades que tenga el Proceso de Contratación. Por ejemplo, aplicaría la contratación directa en virtud de la causal establecida en el literal g) numeral 4 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, la cual establece que procede la contratación directa «cuando no exista pluralidad de oferentes en el mercado», esto en la medida que sería un solo particular, quien posea el derecho de dominio sobre el bien que se va a entregar, el que oferte a la entidad estatal.

Este concepto tiene el alcance previsto en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y las expresiones aquí utilizadas con mayúscula inicial deben ser entendidas con el significado que les otorga el artículo 2.2.1.1.1.3.1. del Decreto 1082 de 2015...

Atentamente,

Texto

Descripción generada automáticamente

|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Álvaro Namén Vargas  Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Diana Lucia Saavedra Castañeda  Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Nohelia del Carmen Zawady Palacio  Subdirectora de Gestión Contractual |

1. La Agencia Nacional de Contratación Pública ‒ Colombia Compra Eficiente fue creada por el Decreto Ley 4170 de 2011. Su objetivo es servir como ente rector de la política de compras y contratación del Estado. Para tales fines, como órgano técnico especializado, le corresponde formular políticas públicas y normas y unificar los procesos de contratación estatal, con el fin de lograr una mayor eficiencia, transparencia y optimización de los recursos del Estado. El artículo 3 *ibidem* señala, de manera precisa, las funciones de Colombia Compra Eficiente. Concretamente, el numeral 5º de este artículo establece que le corresponde a esta entidad: «[a]bsolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general y expedir circulares externas en materia de compras y contratación pública». Seguidamente, el numeral 8º del artículo 11 ibidem señala que es función de la Subdirección de Gestión Contractual: «[a]bsolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general». [↑](#footnote-ref-1)
2. Al respecto, el profesor Enrique José Arboleda Perdomo, al interpretar el artículo transcrito, expuso lo siguiente: «El artículo 28 regula los efectos jurídicos de los conceptos que emita la entidad como respuesta a las consultas que le formulen los particulares, ordenando que *no serán de obligatorio cumplimiento o ejecución*. De este mandato surgen las siguientes consideraciones:

   »La primera, que un concepto no es un acto administrativo de contenido particular pues en sí mismo no contiene una manifestación de la voluntad de la administración que tenga la virtualidad de producir efectos jurídicos vinculantes, en relación con el peticionario, con la autoridad que conceptúa y aún frente a terceros que pudieran estar interesados en la respuesta.

   »La segunda, que la forma como la administración actúa de manera vinculante para sí misma y para la Generalidad de las personas es el reglamento, no sólo a través de la potestad reglamentaria propia del presidente de la República coma sino a través de los demás reglamentos de la administración en el preciso marco de las competencias de cada organismo o entidad, por lo cual los conceptos emitidos no pueden suplir ni menos aún competir con los reglamentos.

   »La tercera, que los conceptos no pueden interpretar la ley en el sentido de darle un alcance o proferir un sentido frente a otro posible, se limitan a explicar las competencias a cargo de la entidad y la forma de ejercerlas, con el fin de orientar a los particulares en el cumplimiento de sus deberes o el ejercicio de sus derechos». (ARBOLEDA PERDOMO, Enrique José. Comentarios al Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. 2ª ed. Editorial Legis. Bogotá. 2012. p.59). [↑](#footnote-ref-2)
3. Estos conceptos pueden ser consultados en: [https://relatoria.colombiacompra.gov.co/busqueda/conceptos#](https://relatoria.colombiacompra.gov.co/busqueda/conceptos) [↑](#footnote-ref-3)
4. CLARO SOLAR, Luis. Explicaciones de derecho civil chileno y comparado. Tomo Décimo – Obligaciones y contratos 1. Santiago de Chile, Nascimiento, 1936. [↑](#footnote-ref-4)
5. «...el negocio jurídico es un acto de autonomía privada jurídicamente relevante; acto de autorregulación de los propios intereses: la ley no delimita totalmente su contenido, señala orientaciones y límites a la actividad dispositiva, indaga sobre su observancia y, no hallando reparo que formular, interpreta el comportamiento, lo ubica dentro del marco de circunstancias en que se realizó y, una vez encasillado dentro de uno de los tipos socialmente reconocidos, le asigna los efectos que mejor correspondan a la determinación particular así alindada y calificada.» (HINESTROSA, Fernando, Tratado de las Obligaciones II De las fuentes de las obligaciones: *El Negocio Jurídico*, Volumen I, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2015, pág. 107). [↑](#footnote-ref-5)
6. El artículo 2º define, para los efectos del ámbito de sujeción del estatuto, que 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. [↑](#footnote-ref-6)
7. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 4 de abril de 2002, M.P. Alier E. Hernández Enríquez. Rad. 1999-0290-01 (17.244). [↑](#footnote-ref-7)
8. Consejo de Estado. Sección Tercera, Auto del 30 de enero de 2008. Rad. 32.867, M.P. Mauricio Fajardo Gómez. [↑](#footnote-ref-8)
9. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 23 de septiembre de 1997, Rad. S-701. [↑](#footnote-ref-9)
10. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto de 15 de mayo de 2018, Rad. 2335. [↑](#footnote-ref-10)
11. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia de 31 de marzo de 2011, Rad. 16246, M.P. Hernán Andrade Rincón. Al adoptar un criterio orgánico o subjetivo, en el que la sola presencia de una entidad estatal como parte del mismo le imprime al negocio jurídico la naturaleza o categoría jurídica de contrato estatal, «tiene la virtud de englobar todos los contratos que celebren las entidades públicas del Estado, ya sea que se regulen por el estatuto general de contratación administrativa o que estén sujetos a regímenes especiales. De tal manera es dable hablar genéricamente de dos tipos de contratos: 1. Contratos estatales regidos por la Ley 80 de 1993. 2. Contratos estatales especiales...». (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto del 8 de febrero de 2001, Rad. No. 16661) En igual sentido, auto de 20 de agosto de 1998, Rad. 14.202; auto de 7 de octubre de 2004, Rad.2675 y sentencia de 20 de abril de 2005, Rad. 14519, entre otras providencias. [↑](#footnote-ref-11)
12. Al respecto, la jurisprudencia explica que «Entre las características esenciales (art. 1501 C.C.) que […] delimitan la institución, y la identifican como una relación jurídica de tenencia, se hallan las de corresponder a un negocio real, porque no se perfecciona sino por virtud de la entrega (no tanto la tradición, en sentido técnico) de la cosa sobre la cual versa (arts. 1500 y 2200 C.C), carácter que se explica por cuanto la obligación fundamental, consiste en la restitución de la cosa por parte del comodatario al comodante; es, asimismo, una convención sustancialmente gratuita o de beneficencia (arts. 1497 y 2200 C.C.), cuyo objeto es la utilidad de una de las partes, el prestatario o comodatario; se trata de un acto jurídico de naturaleza unilateral, en principio, porque sólo genera una obligación que grava a uno de los contratantes, esto es, la obligación de restituir la cosa, radicada en cabeza del comodatario; es un contrato principal, en la medida que “no requiere de algún otro para nacer a la vida jurídica” ; y, finalmente, es convenio nominado y típico, pues tiene enunciación y regulación legal». (CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia del 23 de mayo de 2018. Exp. 76001310301220080040401. M.P. Luis Armando Tolosa Villabona). [↑](#footnote-ref-12)
13. «ARTÍCULO 2205. <TERMINO PARA LA RESTITUCION DE LA COSA PRESTADA>. El comodatario es obligado a restituir la cosa prestada en el tiempo convenido, o a falta de convención, después del uso para que ha sido prestada.

    Pero podrá exigirse la restitución aún antes del tiempo estipulado en tres casos:

    1. Si muere el comodatario, a menos que la cosa haya sido prestada para un servicio particular que no pueda diferirse o suspenderse.

    2. Si sobreviene al comodante una necesidad imprevista y urgente de la cosa.

    3. Si ha terminado o no tiene lugar el servicio para el cual se ha prestado la cosa.» [↑](#footnote-ref-13)
14. «ARTÍCULO 2202. <LIMITACIONES DEL COMODATARIO>. El comodatario no puede emplear la cosa sino en el uso convenido, o falta de convención en el uso ordinario de las de su clase.

    En el caso de contravención podrá el comodante exigir la reparación de todo perjuicio, y la restitución inmediata, aún cuando para la restitución se haya estipulado plazo.» [↑](#footnote-ref-14)
15. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL. Concepto del 24 de julio de 2003. Radicación 1.510. C.P. Susana Montes de Echeverri. En torno a este tema, se han desarrollado los siguientes pronunciamientos: Conceptos Nos. 726/95; 994/97; 1017/97;1077/98; 1129/98. [↑](#footnote-ref-15)
16. Nota origial de la consulta transcrita: «*Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto No.1077 del 26 de marzo de 1998.*» [↑](#footnote-ref-16)
17. Nota origial de la consulta transcrita: «*Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto No.1077 del 26 de marzo de 1998*»*.* [↑](#footnote-ref-17)
18. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de casación civil. Sentencia del 4 de agosto de 2008. Exp. 68001310300920000071001. M.P. Edgardo Villamil Portilla. [↑](#footnote-ref-18)
19. Congreso de la República, Gaceta 466 del 2 de agosto de 2005. Exposición de motivos del Proyecto de Ley 19 de 2005 – Senado. [↑](#footnote-ref-19)
20. Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, Guía de Competencia en las Compras Públicas. La Guía puede consultarse en el siguiente enlace: https://colombiacompra.gov.co/sites/cce\_public/files/cce\_documents/cce\_guia\_competencia\_0.pdf [↑](#footnote-ref-20)
21. Corte Constitucional. Sentencia C-713 de 2009. M.P. María Victoria Calle Correa. [↑](#footnote-ref-21)
22. No existe pluralidad de oferentes cuando sólo hay una persona que pueda proveer el bien o servicio, bien sea por ser el titular de los derechos de propiedad industrial o de los derechos de autor, bien sea por ser el proveedor exclusivo en el territorio nacional, de conformidad con el artículo 2.2.1.2.1.4.8 del Decreto 1082 de 2015. [↑](#footnote-ref-22)
23. Los contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión son aquellos de naturaleza intelectual que se derivan del cumplimiento de funciones de la Administración, como los relacionados con actividades operativas, logísticas o asistenciales, de conformidad con el artículo 2.2.1.2.1.4.9 del Decreto 1082 de 2015. [↑](#footnote-ref-23)
24. Las 3 últimas causales fueron creadas por la Ley 2160 del 25 de noviembre de 2021. [↑](#footnote-ref-24)
25. Consejo de Estado. Sala de consulta y servicio civil. Sentencia del 20 de febrero de 2006. Exp. 1.727. C.P. Enrique José Arboleda Perdomo. [↑](#footnote-ref-25)
26. Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, Concepto C-561 del 8 de octubre de 2021. [↑](#footnote-ref-26)