**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.

**PUBLICIDAD ‒ Obligatoriedad ‒ SECOP II**

[…], es necesario distinguir entre los comodatos que se celebran al amparo de la Ley 9 de 1989 y los del Decreto 092 de 2017. *En el primer caso*, de la interpretación armónica entre las Circulares Externas No. 1 y No. 2 de 2019, se infiere que la obligatoriedad del SECOP II para las gobernaciones es para los procesos iniciados a partir del 1° de abril de 2020. Esto significa que todos los procesos de contratación creados en el SECOP I antes de esa fecha, podrán gestionarse en dicho medio. En este último caso, la plataforma únicamente funciona como un repositorio de información, pues no es un sistema transaccional.

No obstante, *en el segundo caso*, la Circular Externa No. 1 del 22 de agosto de 2019 dispone reglas especiales para los contratos realizados con fundamento en el Decreto 092 de 2017, las cuales no fueron modificadas por la Circular Externa No. 2 del 23 de diciembre de 2019. Al respecto, la Circular Nº 1 prescribe que «Todas las entidades del Estado colombiano deberán gestionar en el SECOP ll los procesos de contratación con ESALES (Decreto 092 de 2017) para lo cual encontrarán habilitado el módulo de régimen especial del SECOP ll. El módulo de régimen especial estará habilitado para publicar procesos en el marco del Decreto 092 de 2017 independientemente de si la entidad ha publicado o no procesos de contratación en esta plataforma entre el 1 de enero de 2019 y la fecha de expedición de esta Circular», orientación dirigida a todas a las entidades públicas que, por tanto, no se restringe a las listadas en el Anexo 1 de la mencionada circular.

Bogotá D.C., 12 de julio del 2023



Señor

**Rubén Darío Reyes Sanchez**

San Miguel, Santander

**Concepto C-270 del 2023**

|  |  |
| --- | --- |
| **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 / PUBLICIDAD EN EL SECOP II ― Obligatoriedad  |
| **Radicación:** | Respuesta a consulta P20230529011777. |

Estimado señor Reyes Sanchez:

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, la Agencia Nacional de Contratación Pública ― Colombia Compra Eficiente responde su consulta del 29 de mayo del 2023.

1. **Problema planteado**

Respecto al contrato de comodato, usted realiza la siguiente consulta:

“[…] 1. Puede el municipio celebrar un contrato de comodato de uso gratuito con un particular que presta el servicio de centros vida para el adulto mayor.

2. por cuánto tiempo es posible celebrarlo.

3. es necesario subir al SECOP 1 este contrato.

4. Se requiere de la autorización previa del Concejo Municipal para que otorgue facultades al alcalde para suscribir dicho contrato de comodato sobre los bienes de la entidad. […]”

1. **Consideraciones**

En ejercicio de las competencias establecidas en los artículos 3, numeral 5° y 11, numeral 8° 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-2). 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 contractuales de donde surge la inquietud. Por lo anterior, previo concepto de sus órganos asesores, la solución de estos temas corresponde a la Entidad que suscribió el contrato y, en caso de conflicto, a las autoridades judiciales, fiscales y disciplinarias.

Sin perjuicio de lo anterior, la Subdirección de Gestión Contractual –dentro de los límites de sus atribuciones, esto es, haciendo abstracción del caso particular expuesto por el peticionario– resolverá la consulta conforme a las normas generales en materia de contratación estatal. Con este objetivo se analizarán los siguientes temas: i) contratos estatales y autonomía de la voluntad de las Entidades; ii) Contratación con ESAL en el Decreto 092 de 2017: los contratos de colaboración y los convenios de asociación; iii) contrato de comodato y; iv) Publicidad de los contratos en el SECOP.

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, C- 012 de 2022, C-799 del 12 de diciembre del 2022 y C-161 del 06 de junio del 2023[[2]](#footnote-3). Algunas de las consideraciones de estos conceptos se reiteran y se complementan en lo pertinente, teniendo en cuenta lo consultado.

**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”[[3]](#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[[4]](#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[[5]](#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”[[6]](#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[[7]](#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”[[8]](#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”[[9]](#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’”.[[10]](#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. Contratación con ESAL en el Decreto 092 de 2017. Los *contratos de colaboración* y los *convenios de asociación***

El artículo 355 de la Constitución Política prohíbe a las ramas y órganos del poder público decretar auxilios o donaciones en favor de personas naturales o jurídicas. Igualmente, establece que las entidades del orden nacional, departamental, distrital y municipal podrán, con sus propios recursos, contratar con entidades privadas sin ánimo de lucro –ESAL– con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el plan nacional y los planes seccionales de desarrollo4. Por otra parte, la Ley 489 de 1998, en el artículo 96, permite a las entidades públicas en general, es decir, cualquiera sea su naturaleza y orden administrativo, asociarse con personas jurídicas particulares, mediante la celebración de convenios de asociación o la creación de personas jurídicas5. Ambas figuras tienen como fin desarrollar conjuntamente actividades relacionadas con los cometidos y funciones legales asignadas a la entidad.

En desarrollo del artículo 355 de la Constitución, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 92 de 2017, que dispone las reglas para las contrataciones que realicen las entidades estatales con las ESAL. El Decreto regula dos eventos: i) los *contratos de colaboración* o de interés público, con el fin impulsar programas y actividades de interés público de acuerdo con el Plan Nacional o los planes seccionales de desarrollo, en los términos del artículo 355 de la Constitución Política; y ii) los *convenios de asociación*, para el desarrollo conjunto de actividades relacionadas con las funciones de las entidades estatales, en desarrollo del artículo 96 de la Ley 489 de 1998. Los primeros están regulados en el artículo 2 del Decreto 92 de 2017, mientras que los segundos en los artículos 5, 6, 7 y 8 *ibidem*. Es posible diferenciar, pues, los *convenios de asociación*, regulados en el artículo 5, de los *contratos de colaboración*, establecidos en el artículo 2 del Decreto 092 de 20176.

Los *contratos de colaboración* tienen como objeto promover acciones de fomento social en beneficio de los sectores más desprotegidos de la población, previstas en los planes de desarrollo, motivo por el cual no dan lugar a una contraprestación directa a favor de la entidad y tampoco a una relación conmutativa entre esta y la ESAL, toda vez que el beneficio real y directo lo reciben, en últimas, los terceros beneficiarios de este tipo de acciones de fomento. Para celebrar estos contratos, según lo establece el artículo 3 del Decreto 92 de 2017, por regla general, la entidad debe adelantar un proceso competitivo para seleccionar la entidad sin ánimo de lucro contratista. En particular, debe verificar el cumplimiento de los siguientes requisitos: i) que el objeto del contrato corresponda a programas y actividades de interés público acordes con el Plan Nacional o Seccional de Desarrollo; y ii) que no haya una contraprestación directa a favor de la entidad estatal, es decir, que el programa o actividad a desarrollar esté dirigido al beneficio de la población en general, ya que cuando se adquieren bienes o servicios o se ejecutan obras, en una relación conmutativa, las normas aplicables son las del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública –en adelante EGCAP–. Solo cuando se reúnan estas condiciones, y se cuente con la autorización previa y escrita del representante legal de la entidad estatal, es procedente celebrar contratos de colaboración.

De otro lado, los *convenios de asociación* “[t]ienen como finalidad que la entidad estatal, cualquiera que sea su naturaleza y orden administrativo, se asocien con personas jurídicas particulares para el desarrollo conjunto de actividades relacionadas con los cometidos y funciones asignadas a aquellas conforme a la Constitución y a la Ley”7. En estos convenios no existe contraprestación o pago, sino aportes, los cuales están dirigidos, exclusivamente, a lograr la ejecución del convenio y no a remunerar la actividad o actuaciones del asociado. De todos modos, la entidad debe adelantar un proceso competitivo, salvo cuando la ESAL comprometa recursos en dinero para la ejecución de estas actividades, en una proporción no inferior al 30% del valor total del convenio.

De conformidad con el inciso segundo del artículo 96 de la Ley 489 de 1998, en estos convenios debe determinarse “con precisión su objeto, término, obligaciones de las partes, aportes, coordinación y todos aquellos aspectos que se consideren pertinentes”, elementos dentro de los que resalta la exigencia de aportes, que debe interpretarse en el sentido de que las ESAL deben realizar aportes a los convenios que suscriban, los cuales pueden ser en dinero, en porcentajes inferiores o superiores al 30%, o en especie, los cuales deben servir al desarrollo de los objetivos comunes de la asociación.

La normativa vigente no impide que varias entidades suscriban conjuntamente el convenio de asociación ni tampoco que dos o más ESAL pueden hacerlo a través de las figuras asociativas autorizadas por la ley, por ejemplo, la unión temporal o el consorcio8. Sin embargo, comoquiera que el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 determina que el convenio debe buscar el desarrollo conjunto de actividades relacionadas con los cometidos y funciones que la ley les asigna a las entidades estatales involucradas, es necesario que las funciones legales de las entidades estatales que suscriben conjuntamente el convenio coincidan de alguna de tal manera que, los cometidos funcionales de una y otra entidad se relacionen con el objeto del convenio.

Igualmente, considerando que los convenios de asociación “no estarán sujetos a competencia cuando la entidad sin ánimo de lucro comprometa recursos en dinero para la ejecución de esas actividades en una proporción no inferior al 30% del valor total del convenio”, las Entidades deben asegurarse de que su contratista, es decir, una o varias ESAL, aporten al menos el treinta por ciento, en dinero, del valor del convenio para celebrarlo directamente, pues de lo contrario deberá adelantarse un proceso competitivo. Además, en atención al inciso 2 del artículo 5 del Decreto 092 de 2017, deben “asegurarse que no haya otras ESAL que ofrezcan su compromiso de recursos en dinero en una proporción no inferior al 30% del valor total del convenio. En caso de que la entidad encuentre que más de una ESAL le ofrece al menos el 30% de recursos en dinero para el convenio de asociación, debe seleccionar objetivamente con cual asociarse”9.

La noción “seleccionar de forma objetiva”, contenida en la disposición *sub examine* no puede ser entendida como una remisión total a las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007. A lo que se refiere la norma es a que la entidad estatal debe diseñar herramientas que permitan una comparación objetiva de las entidades sin ánimo de lucro para seleccionar objetivamente a aquella que tenga las mejores condiciones para alcanzar el resultado esperado con el proyecto de cooperación, por lo que los criterios que permitan una selección objetiva deben definirse en términos de la obtención de los objetivos del convenio de asociación. Sin perjuicio de lo anterior, la entidad puede decidir acudir a los procesos de selección de contratistas que establece el EGCAP o, incluso, al trámite que regula el inciso 2 del artículo 2 del Decreto 92 de 2017.

En suma, las Entidades Estatales son autónomas en la configuración del proceso competitivo en desarrollo del artículo 5 del Decreto 092 de 2017. En todo caso, el proceso competitivo que definan las Entidades Estatales para sus convenios de asociación debe garantizar la libre concurrencia y la pluralidad de interesados y la comparación objetiva de las ofertas. Este procedimiento puede ser análogo a otros donde existe competencia, como la licitación pública.

Ahora bien, el Consejo de Estado, en el Auto del 6 de agosto de 2019 de la Sección Tercera, Subsección A –Exp. 62.003–, estudió la solicitud de suspensión provisional10 del inciso 2 del artículo 1, literales a y c del artículo 2, inciso 5 del artículo 2, inciso 2 del artículo 3, inciso final del artículo 4 y artículo 5 del Decreto 092 de 2017. No obstante, sobre esta última norma concluyó que el análisis de esta disposición debe realizarse a profundidad para establecer si efectivamente existe una contradicción normativa que implique que se afectó la competencia del legislador. En consecuencia, negó la solicitud de suspensión provisional frente a la última disposición relacionada con los convenios de asociación, reservando el análisis sobre la legalidad de dicho artículo a la sentencia de fondo. Por tanto, si se pretende realizar un *convenio de asociación* con ESAL de reconocida idoneidad para el cumplimiento de las funciones que la ley les asigna a las entidades públicas, debe aplicarse lo dispuesto en el artículo 5 del Decreto 092 de 2017. En todo caso, conviene precisar que mediante Auto del 15 de marzo de 202211, el Consejo de Estado levantó la medida cautelar de suspensión provisional respecto del inciso 2 del artículo 1 y el inciso 2 del artículo 3, del Decreto 092 de 2007, por lo que surten en la actualidad efectos jurídicos12.

Como se explicó, en relación con los convenios de asociación, el artículo 5 del citado Decreto establece que el proceso para la selección de la ESAL, por regla general, debe estar sujeto a competencia; salvo en aquellos casos en que *una* entidad sin ánimo de lucro comprometa recursos en dinero por un valor igual o superior al 30% del valor total del convenio13, y siempre que la entidad estatal verifique previamente que no existe ninguna otra entidad sin ánimo de lucro que ofrezca aportes en dinero iguales o superiores al 30%, ya que en este último evento también deberá adelantar un proceso competitivo. De hecho, en relación con la naturaleza y cuantía de los convenios, la norma anteriormente citada no prohíbe la celebración de convenios en que la ESAL aporte menos del 30% o cuando aporten recursos en especie. En efecto, solo indica que en esos casos la entidad estatal debe acudir al proceso competitivo para seleccionar a la entidad sin ánimo de lucro con la cual celebrará el respectivo convenio.

Finalmente, sintetizando lo expresado en relación con los *convenios de* asociación, la finalidad de los aportes a que se refirió en consideraciones previas están dirigidos concretamente a lograr la ejecución del convenio. De todos modos, la entidad deberá adelantar un proceso competitivo, salvo cuando la ESAL comprometa recursos en dinero para la ejecución de estas actividades, en una proporción no inferior al 30% del valor total del convenio. Así, si se pretende suscribir un *convenio de asociación* con una ESAL de reconocida idoneidad para el cumplimiento de las funciones que la ley les asigna a las entidades públicas, deben aplicar lo dispuesto en el artículo 5 del Decreto 92 de 2017. Como se estableció *supra*, este artículo dispone que el proceso para la escogencia de la ESAL, por regla general, debe estar sujeto a competencia. Esto, salvo en aquellos casos en los que una ESAL manifieste su compromiso de aportar recursos en dinero por un valor igual o superior al 30% del valor total del convenio, siempre y cuando no existan otras ESALES que ofrezca aportes en monto igual o superior a dicho porcentaje, pues en este evento también se tendría que realizar un proceso competitivo. Finalmente, dada la regla concreta y específica establecida en la norma, si los aportes no son en dinero, sino únicamente en especie, esto es, bienes diferentes o no equivalente al dinero, no se dará aplicación a dicha regla y el proceso de selección será competitivo. Estas últimas consideraciones se profundizarán en el acápite siguiente.

**2.3. Celebración de contratos de comodato**

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 gratuito14. 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.15).

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.16). 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 pronunciado17, 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.18
* 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”.19

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*)”20 (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.

Vistas las anteriores vicisitudes sobre el comodato, resulta pertinente aclarar, frente a la “posibilidad de que una entidad pública suscriba un contrato de comodato con una entidad sin ánimo de lucro ESAL” que solo existen dos eventos en los cuales las entidades estatales podrán celebrar el mencionado negocio jurídico de comodato con empresas sin animo de lucro a saber: i) cuando la entidad estatal funge como comodante solo podrá celebrarlo con fundaciones que no repartan utilidades entre sus asociados o fundadores ni adjudiquen sus activos en el momento de su liquidación a los mismos  y ii) cuando la entidad estatal tenga la condición de comodataria y la empresa sin ánimo de lucro la condición de comodante, 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. En todo caso, no se pueden perder de vista las restricciones previstas en el artículo 38 de la Ley 9 de 1989 y el artículo 355 de la Constitución Política, respecto a este caso en particular, la jurisprudencia del Consejo de Estado21 a referido lo siguiente:

*“En el entendido de que el comodato tiene por objeto entregar un bien de una entidad pública a otro sujeto sin contraprestación alguna, la Sala considera que el comodato está comprendido dentro de los supuestos a que alude dicha disposición (art. 355 CP.)  y, por ende, debe tener por causa el impulso de programas y actividades de interés público. Encuentra entonces la Sala que el negocio jurídico denominado comodato debe someterse también a las normas que han reglamentado el citado artículo 355, como lo es el decreto 777 de 1992. Se tiene entonces que el inciso segundo del artículo 355 de la Constitución regula una categoría especial de contratos, que comprende el de comodato y que puede celebrarse con personas naturales o jurídicas de derecho privado, con y sin ánimo de lucro, con recursos de entidades públicas, siempre que tengan por objeto impulsar programas y actividades de interés público*

*[…]*

*Las entidades públicas pueden celebrar contratos de comodato con entidades públicas o con entidades privadas sin ánimo de lucro con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el plan nacional y los planes seccionales de desarrollo. – Los contratos que se celebren en desarrollo de lo dispuesto en el segundo inciso del artículo 355 con entidades privadas sin ánimo de lucro, dentro de los cuales está el comodato, deben constar por escrito y se sujetarán a los requisitos y formalidades que exige la ley para la contratación entre los particulares. – Cuando el contrato se celebre con personas privadas sin ánimo de lucro, resulta indispensable acreditar respecto de ellas su reconocida idoneidad”.*

Finalmente, en relación con la modalidad de selección aplicable para celebrar contratos de comodato con una ESAL, es necesario advertir que, tratándose de contratos enmarcados en los dispuesto en el artículo 355 de la Constitución Política, los mismos tendría que regirse por lo dispuesto en el Decreto 092 de 2017. En ese sentido, tratándose de un comodato comprendido en el desarrollo de un plan o programa, el contrato de debería sujetarse a lo dispuestos en los artículos 2, 3 y 4 de dicho decreto autónomo. De igual modo, tal comodato también podría contemplarse en el marco de convenio de asociación, de conformidad con el artículo 96 de la Ley 489 de 1998, caso en el cual la contratación debe seguirse por lo dispuesto en el artículo 5 del Decreto 092 de 2017.

**2.4. Publicidad de los contratos en el SECOP**

Como sucede con los contratos sometidos al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y los contratos del régimen exceptuado de la Ley 80 de 1993, los contratos derivados de la aplicación del Decreto 092 de 2017 deben cumplir con el principio de publicidad. Al respecto, en lo pertinente el artículo 7 del mencionado reglamento dispone que “La contratación a la que hace referencia el presente decreto está sujeta a los principios de la contratación estatal y a las normas presupuestales aplicables. En consecuencia, las normas relativas a la publicidad son de obligatorio cumplimiento, por lo cual, la actividad contractual y los Documentos del Proceso de que trata el presente decreto deberán ser objeto de publicación en el Sistema Electrónico de Contratación Pública (SECOP) […]”.

 Para estos efectos, conforme al literal 8 del artículo 3 del Decreto-Ley 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente tiene como función la administración del SECOP, por lo cual se desarrolló la primera versión de la plataforma –SECOP I ̶, que sólo funciona como medio de publicidad, es decir, no es transaccional. Esto significa que el procedimiento contractual se adelanta fuera de la plataforma a través de un expediente físico; pero las actuaciones y los documentos se convierten en electrónicos para ser cargados a la plataforma, por quien tenga la función dentro de la entidad.

En contraste, el módulo de gestión contractual del SECOP II permite generar contratos en línea y realizar la firma electrónica de los mismos. Tiene una funcionalidad que permite al Proveedor presentar garantías y facturas y a la entidad estatal, realizar la revisión y aprobación de ambos tipos de documento en línea. Además, el módulo permite hacer modificaciones contractuales, tanto unilaterales como bilaterales –estas últimas son enviadas para aprobación del Proveedor antes de que se pueda dar la publicación por parte de la entidad estatal–. Para registrar el seguimiento al avance de la ejecución, el módulo de gestión contractual habilita el registro de planes de ejecución por porcentaje de avance y el cargue de documentos tanto a Proveedor como a la entidad estatal, la cual puede crear usuarios para que los supervisores de los contratos carguen la información pertinente. Finalmente, la liquidación y el cierre de los expedientes contractuales también se puede realizar a través del SECOP II. Es de destacar que la plataforma tiene un módulo de búsqueda pública que permite a los ciudadanos y entes de control revisar el avance en tiempo real de cualquier contrato realizado a través del SECOP II, sin necesidad de tener usuarios creados en la plataforma.

En un primer momento, esto es, antes del año 2020, el SECOP II solo era obligatorio, en general, para la rama ejecutiva del nivel nacional y Bogotá, y era opcional para los municipios y departamentos. Esto en razón al proyecto interno de despliegue de la plataforma, que incluye una transición mediante formaciones teóricas y prácticas y capacitaciones virtuales y presenciales, que finaliza con la deshabilitación del SECOP I, con el propósito de que las entidades adopten la plataforma y conozcan su funcionamiento.

Ahora, teniendo en cuenta que la Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente realizó el despliegue del SECOP II a nivel territorial en el 2018 y 2019, se expidió la Circular Externa No. 1 del 22 de agosto de 2019 sobre la obligatoriedad del uso del SECOP II en el 2020, que dispone:

“A partir del 1 de enero de 2020, todos los procesos de contratación de las entidades relacionadas en el Anexo 1 de esta circular deberán gestionarse, exclusivamente, en el SECOP ll. La medida aplica para los procesos de contratación que se inicien a partir del 1 de enero de 2020, en todas las modalidades de selección del Estatuto General de Contratación Pública (licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos, contratación directa, contratación mínima cuantía)”.

[…]

Todos los procesos de contratación creados en el SECOP I antes del 1 de enero de 2020 podrán continuar siendo gestionados en esta plataforma”.

Posteriormente, mediante la Circular Externa No. 2 del 23 de diciembre de 2019 se dispuso que “[…] con el propósito de que las entidades territoriales incluidas en el Anexo 1 de la Circular Externa No. 1 de 2019 se preparen adecuadamente para adoptar el SECOP ll, y teniendo en cuenta que las nuevas administraciones públicas asumen funciones el 1 de enero de 2020, se amplía para ellas la entrada en vigencia de la obligatoriedad del SECOP ll. En consecuencia, las alcaldías capitales de departamento (Administración central) y los departamentos (Administración central) gestionarán todos sus procesos de contratación, exclusivamente en el SECOP ll, a partir del 1 de abril de 2020 […]”, manteniendo los demás aspectos y contenidos de la Circular Externa No. 1 de 2019 y los cuales regirán plenamente para estas entidades en la fecha anteriormente indicada.

En este contexto, es necesario distinguir entre los comodatos que se celebran al amparo de la Ley 9 de 1989 y los del Decreto 092 de 2017. *En el primer caso*, de la interpretación armónica entre las Circulares Externas No. 1 y No. 2 de 2019, se infiere que la obligatoriedad del SECOP II para las gobernaciones es para los procesos iniciados a partir del 1° de abril de 2020. Esto significa que todos los procesos de contratación creados en el SECOP I antes de esa fecha, podrán gestionarse en dicho medio. En este último caso, la plataforma únicamente funciona como un repositorio de información, pues no es un sistema transaccional.

No obstante, *en el segundo caso*, la Circular Externa No. 1 del 22 de agosto de 2019 dispone reglas especiales para los contratos realizados con fundamento en el Decreto 092 de 2017, las cuales no fueron modificadas por la Circular Externa No. 2 del 23 de diciembre de 2019. Al respecto, la Circular Nº 1 prescribe que “Todas las entidades del Estado colombiano deberán gestionar en el SECOP ll los procesos de contratación con ESALES (Decreto 092 de 2017) para lo cual encontrarán habilitado el módulo de régimen especial del SECOP ll. El módulo de régimen especial estará habilitado para publicar procesos en el marco del Decreto 092 de 2017 independientemente de si la entidad ha publicado o no procesos de contratación en esta plataforma entre el 1 de enero de 2019 y la fecha de expedición de esta Circular”, orientación dirigida a todas a las entidades públicas que, por tanto, no se restringe a las listadas en el Anexo 1 de la mencionada circular.

**3. Respuesta**

“[…] 1. Puede el municipio celebrar un contrato de comodato de uso gratuito con un particular que presta el servicio de centros vida para el adulto mayor.

2. por cuánto tiempo es posible celebrarlo.

3. es necesario subir al SECOP 1 este contrato.

4. Se requiere de la autorización previa del Concejo Municipal para que otorgue facultades al alcalde para suscribir dicho contrato de comodato sobre los bienes de la entidad. […]”

Conforme a lo expuesto, 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. Esta competencia de interpretación de normas generales, por definición, no puede extenderse a la resolución de controversias, ni a brindar asesorías sobre casos puntuales. En ese sentido, 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.

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.

Así las cosas, se observa que 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 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.

 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.

 Finalmente, y cconforme a lo señalado en el considerando 2.4 del presente concepto, los contratos de comodato que se celebren al amparo del artículo 38 de la Ley 9 de 1989 deben ser publicados en SECOP I, si los procesos iniciaron antes del 1º de abril de 2020. Por el contrario, los contratos de comodato del Decreto 092 de 2017 se gestionan a través de SECOP II, conforme a lo indicado en la Circular Externa No. 1 del 22 de agosto de 2019.

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,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Ana María Ortiz BallesterosContratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Juan David Cárdenas Cabeza Contratista de la Subdirección de Gestión ContractualGabriel MendozaContratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Nohelia del Carmen Zawady PalacioSubdirectora de Gestión Contractual ANCP – CCE |

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-2)
2. Estos conceptos pueden consultarse en la página web: [https://relatoria.colombiacompra.gov.co/busqueda/conceptos#](https://relatoria.colombiacompra.gov.co/busqueda/conceptos). [↑](#footnote-ref-3)
3. CLARO SOLAR, Luis. Explicaciones de derecho civil chileno y comparado. Tomo Décimo – Obligaciones y contratos 1. Santiago de Chile, Nascimiento, 1936. [↑](#footnote-ref-4)
4. «...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)
5. 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)
6. 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)
7. Consejo de Estado. Sección Tercera, Auto del 30 de enero de 2008. Rad. 32.867, M.P. Mauricio Fajardo Gómez. [↑](#footnote-ref-8)
8. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 23 de septiembre de 1997, Rad. S-701. [↑](#footnote-ref-9)
9. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto de 15 de mayo de 2018, Rad. 2335. [↑](#footnote-ref-10)
10. 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)