

CONTRALORIA DE BOGOTA D.C. Folios: 1 Anexos: No
Radicación # 201196972 Fecha 2011-09-08 14:48 PRO 294368
Tercero :(ATM033527) LUZ ADRIANA VIVAS GARCIA
Dependencia : Subdirección de Recursos Materiales
Tip Doc : Oficio (SALIDA) Número : 60300-21726

VZ - 30/9/11
VL - 24/10/11

65 110.047.2011



CONTRALORÍA
DE BOGOTÁ. D.C.

"Credibilidad y confianza en el control"

60000



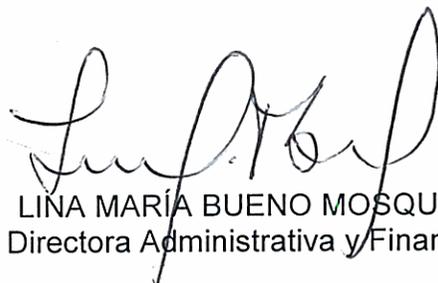
Rad No 2011-233-006767-2
Us Rad. ACLOPATOFSKY
Asunto : RAD. 201196972. CONCEPTO JURIDICO - CELEBRACION CONTRATO D
Destino : / Rem CIU CONTRALORIA DE BOGOTA C.B.
www.auditoria.gov.co - Auditoria General de la Republica

Doctora
LUZ ADRIANA VIVAS GARCÍA
Directora Oficina Jurídica
AUDITORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
Carrera 10 No. 17-18 Piso 9
PBX: 3186800
Ciudad

Asunto: Concepto Jurídico - Celebración Contrato de Comodato

Teniendo en cuenta que la Ley de Garantías Electorales 996 de 2005, prohíbe la suscripción de contratación directa dentro de los cuatro meses anteriores a la celebración de las elecciones de carácter regional, comedidamente le solicito concepto jurídico sobre la posibilidad de celebrar un contrato de comodato el cual se encuentra dentro de la modalidad mencionada con FONCEP (Entidad Distrital) para la entrega de los pisos 3 al 6 del Edificio de la Lotería de Bogotá.

Cordialmente,


LINA MARÍA BUENO MOSQUERA
Directora Administrativa y Financiera

Revisó: Dr. Oscar A. Sarmiento Ceballos - Subdirector de Recursos Materiales
Elaboró: Patricia Romero

9 SET. 2011

"Al rescate de la moral y la ética pública"

www.contraloriabogota.gov.co
Cra 32a N° 26A- 10
PBX: 335 1030



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20111100066361

Fecha: 27-09-2011

Bogotá D.C.,
OJ.110- 047-2011.

**FAVOR DEVOLVER
COPIA FIRMADA**

Señora
LINA MARIA BUENO MOSQUERA
Directora Administrativa y Financiera
Contraloría de Bogotá D.C.
Carrera 32^a No.26^a-10
Ciudad

CONTRALORIA DE BOGOTA

SEP 29 '11 PM 12:29

**Ref: Respuesta consulta elevada mediante radicado
2011-233-006767-2**

Respetada señora Lina María:

A través de la presente esta dependencia procede a dar respuesta a la consulta de la referencia, elevada por usted, en los siguientes términos:

A. SINTESIS DE LA CONSULTA

En el escrito radicado el día 09 de septiembre del presente año ante esta Entidad usted literalmente consulta:

“Teniendo en cuenta que la Ley de Garantías Electorales 996 de 2005, prohíbe la suscripción de contratación directa dentro de los cuatro meses anteriores a la celebración de las elecciones de carácter regional, comedidamente le solicito concepto jurídico sobre la posibilidad de celebrar un contrato de comodato el cual se encuentra dentro de la modalidad mencionada con FONCEP (Entidad Distrital) para la entrega de los pisos 3 al 6 del Edificio de la Lotería de Bogotá.”

28-SEP-2011

B. CONSIDERACION PRELIMINAR

Antes de proceder a dar respuesta a su solicitud, nos permitimos indicar que, dadas las funciones constitucionales y legales asignadas a la Auditoría General de la República, éste ente de control no puede tener injerencia en la toma de decisiones que sean de competencia de las entidades vigiladas, ya que adelantamos un control posterior y selectivo de su gestión fiscal. Por lo tanto, nos abstenemos de emitir conceptos sobre asuntos o situaciones particulares, individuales o concretas, que puedan llegar posteriormente a ser objeto de vigilancia, ya que en la medida en la que los controladores resultaren involucrados en el proceso administrativo específico, objeto de su escrutinio, y en la toma de decisiones, perderían toda la legitimidad para cumplir fiel e imparcialmente su función, razón más que suficiente para emitir pronunciamientos de carácter general y abstracto.

C. CONSIDERACIONES DE LA OFICINA JURIDICA

De acuerdo a la consulta por usted elevada, se procede por parte de esta dependencia a dar respuesta a la misma, manifestando de antemano que de manera global se abordarán como temas principales objeto de consulta – El contrato de Comodato. Y, - La posibilidad que tienen las contralorías territoriales de celebrar contratos en Ley de Garantías.

1.- CONTRATO DE COMODATO:

El contrato de comodato o préstamo de uso, es definido por el artículo 2200 del Código Civil como aquel por el cual se entrega en forma gratuita un bien mueble o inmueble para que se haga uso del mismo, debiendo ser restituido en las mismas condiciones iniciales, este contrato se perfecciona solamente con la tradición de la cosa.

"Art. 2200.- El comodato o préstamo de uso es un contrato 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. Este contrato no se perfecciona sino por la tradición de la cosa".

La Ley 80 de 1993 en su artículo 32, señala, que las entidades estatales pueden celebrar actos jurídicos generadores de obligaciones, previstos en el derecho pri-

vado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, dentro de los cuales se encuentra el contrato de comodato.

Al respecto el H. Consejo de Estado, en concepto proferido el 24 de julio de 2003, radicado número 1510, con ponencia de la Dra. Susana Montes de Echeverri, manifestó:

"1. CONTRATO DE COMODATO.

1.1. Definición

El Código Civil, define el contrato de comodato en los siguientes términos:

*"ART. 2200.—El comodato o préstamo de uso es un contrato en que la 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. Este contrato no se perfecciona sino por la tradición de la cosa". (Negrilla fuera de texto).*

El profesor José Alejandro Bonivento Fernández en su obra "Los principales contratos civiles", señala sobre los antecedentes de este contrato:

*"Desde el Derecho Romano es conocida la figura del préstamo de uso. Surgía cuando entre amigos o vecinos se entregaba una cosa no consumible **para que usaran de ella, a título gratuito**, con la obligación de restituirla. Revestía el carácter de "intuitu personae".*

*Tanto el Código Napoleónico, como el Código Civil Chileno, acogieron, en su esencia y forma el comodato tal como lo regló el Derecho Romano. Por su parte, nuestro Código Civil, en su artículo 2200, siguió esa trayectoria definiéndolo como el contrato 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 a restituir la misma especie después de terminar el uso".¹(Negrilla fuera de texto).*

Lo anterior para significar que desde sus orígenes el contrato de comodato tuvo por objeto la transferencia del derecho al uso y al goce del bien al comodatario, cuyo ejercicio conlleva, salvo disposición en contrario, el derecho de éste a percibir los frutos naturales o civiles que se generen durante el mismo, tal y como se explica más adelante.

La Sala en diferentes oportunidades se ha pronunciado sobre las características del contrato de comodato, por cuanto esta figura, de conformidad con la legislación vigente, ha sido utilizada como un instrumento de cooperación entre las diferentes autoridades públicas y, en materia de cultura, como un instrumento para impulsar programas de interés público desarrollados por personas naturales o jurídicas sin ánimo de lucro.²

¹ Bonivento Fernández, José Alejandro. *Los principales Contratos Civiles y su paralelo con los comerciales*. Décima Primera Edición. Actualizada. Ediciones Librería Profesional Tomo I, página 539.

² Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Conceptos Nos. 726/95; 994/97; 1017/97; 1077/98; 1129/98.

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 ley 9 de 1989, en su artículo 38, señala claramente la viabilidad jurídica de este tipo de contrato y los límites que se deben tener en cuenta al momento de su celebración:

“ARTICULO 38. Las entidades públicas no podrán dar en comodato sus inmuebles sino únicamente a otras entidades públicas, sindicatos, cooperativas, asociaciones y fundaciones que no repartan utilidades entre sus asociados o fundadores ni adjudiquen sus activos en el momento de su liquidación a los mismos, juntas de acción comunal, fondos de empleados y las demás que puedan asimilarse a las anteriores, y por un término máximo de cinco (5) años, renovables.

Los contratos de comodato existentes, y que hayan sido celebrados por las entidades públicas con personas distintas de las señaladas en el inciso anterior, serán renegociados por las primeras para limitar su término a tres (3) años renovables, contados a partir de la promulgación de la presente ley” (Negrilla fuera de texto).

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.³
- 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.⁴
- Cuando el contrato de comodato se celebre entre una entidad estatal y una entidad privada sin ánimo de lucro de reconocida idoneidad, se requiere que los programas que se pretendan fomentar con dicho contrato, tengan una relación de medio a fin con los planes y programas de la entidad comodante, acorde con lo previsto en el artículo 355 de la Constitución Política y los decretos 777 y 1403 de 1992.⁵⁻⁶

³ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto No.1077 del 26 de marzo de 1998.

⁴ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto No.1077 del 26 de marzo de 1998.

⁵ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto No.994 del 19 de junio de 1997.

⁶ Decreto 777 de 1992.- “ART. 1º-Los contratos que en desarrollo de lo dispuesto en el segundo inciso del artículo 355 de la Constitución Política celebren la Nación, los departamentos, distritos y municipios con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad, con el propósito de impulsar programas y actividades de interés público, deberán constar por escrito y se sujetarán a los requisitos y formalidades que exige la ley para la contratación entre los particulares, salvo lo previsto en el presente decreto y sin

- Del texto del artículo 2200 del Código Civil se desprende como característica de la esencia del contrato "la gratuidad" en el uso de los bienes objeto del comodato⁷.

Esto es, tal y como lo expresa el profesor Bonivento Fernández, que "el uso y goce que se proporciona es sin contraprestación". Hay una intención liberal por parte del comodante, que es la parte que se grava. Por eso, la definición de comodato recoge con exactitud esta característica. Si el comodatario por el uso se obliga a una contraprestación desaparece el contrato y se convierte en otro negocio jurídico, de acuerdo con el querer o intención de las partes."⁸

- Sobre la destinación de los recursos derivados de la explotación del bien dado en comodato, resulta pertinente citar un caso analizado por la Sala a propósito de la ley 58 de 1945, que contemplaba la posibilidad de celebrar contratos de comodato sobre **bienes de uso público entre la Nación, un departamento, un distrito o un municipio, con la Sociedad de Mejoras Públicas:**

"La contraprestación que ésta garantiza será el uso y el manejo del bien dentro de las condiciones especiales que se le exijan y, además, las utilidades o beneficios que perciba "... sólo podrán invertirse en la realización de aquellos fines para que fueron creadas y que se encuentran expresados en la ley o en los estatutos" (ley 58 de 1945 artículo 3o. Parágrafo).

"De tal manera que nada impide que se utilice el contrato de comodato, regulado en el título XXIX del Libro Cuarto del Código Civil y cuya viabilidad en estos eventos está autorizada en el artículo 38 de la ley 9a. de 1989. Además, la ley 58 de 1966 es una ley de carácter especial que permite entregar bienes públicos a las sociedades de mejoras públicas. Esta ley no fue derogada ni modificada por la ley 80 de 1993 y, por tanto, su carácter especial permite que estos eventos de contratación estatal

perjuicio de que puedan incluirse las cláusulas exorbitantes previstas por el Decreto 222 de 1983". Decreto 1403 de 1992.- "ART. 1º-El segundo y el tercer inciso del artículo 1º del Decreto 777 de 1992 quedarán así: "Los contratos cuya cuantía sea igual o superior a cien salarios mínimos mensuales deberán publicarse en el Diario Oficial o en los respectivos diarios, gacetas o boletines oficiales de la correspondiente entidad territorial. Adicionalmente, deberán someterse a la aprobación del Consejo de Ministros aquellos contratos que celebren la Nación, los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado o las sociedades de economía mixta sujetas al régimen de dichas empresas, cuando dichas entidades descentralizadas pertenezcan al orden nacional, y la cuantía del contrato sea igual o superior a cinco mil salarios mínimos mensuales. Se entiende por reconocida idoneidad la experiencia con resultados satisfactorios que acreditan la capacidad técnica y administrativa de las entidades sin ánimo de lucro para realizar el objeto del contrato. La entidad facultada para celebrar el respectivo contrato deberá evaluar dicha calidad por escrito debidamente motivado"

⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-026/93. Este contrato crea obligaciones para el comodatario, como la de conservar y usar la cosa de acuerdo a los términos convenidos en el contrato, y en caso de no haberse pactado éste, a darle el uso ordinario que corresponda a esta clase de cosas y además restituir la cosa al expirar el tiempo acordado, y si no se indicó plazo se entiende que debe hacerse una vez concluya el uso".

⁸ Bonivento Fernández, José Alejandro. Los principales Contratos Civiles y su paralelo con los comerciales. Décima Edición. Ediciones Librería Profesional 1992. Tomo I Página 528.

estén regidos por las normas generales del Código Civil.”.⁹ (Negrilla fuera de texto).

- El contrato de comodato participa, además de la gratuidad, de las siguientes características: a) Es real: si no hay entrega no puede hablarse de comodato. b) Es unilateral: perfeccionado el contrato surgen obligaciones para el comodatario. c) Es principal: no necesita de otro acto jurídico para existir, y d) Es nominado: está plenamente definido en el régimen civil.

Ahora bien, y como quiera que uno de los puntos centrales de la consulta versa sobre la naturaleza de los recursos que se derivan de la explotación del bien dado en comodato, llama la atención la Sala, sobre el alcance de los derechos transferidos al comodatario.

Entonces, cabe preguntarse, **¿Qué significa trasladar “gratuitamente” el uso y el goce del bien mueble o inmueble del comodante al comodatario? Puede jurídicamente, en un típico contrato de comodato, interpretarse que los frutos civiles del bien son del comodante?**

La respuesta, en concepto de la Sala, debe revisarse a la luz de los conceptos de uso y goce propios del Derecho Civil. El profesor Arturo Valencia Zea, al analizar los atributos del derecho de propiedad, señala:

“El titular o propietario puede sacar de la cosa todas las ventajas posibles, ya que ejerce un poder pleno sobre ella (plena in re potestas). Tradicionalmente, ese señorío se ha caracterizado por tres atributos: a) **poder de usar la cosa, servirse de ella**: sembrar un campo, habitar una casa; b) **poder gozar de la cosa, o sea, percibir los frutos y utilidades** que suministra, ya directa o indirectamente: arrendar una finca, recoger una sementera (...). c) **poder disponer de la cosa**, ya sea materialmente, transformándola en otra o destruyéndola, ya jurídicamente, haciendo tradición del mismo derecho de propiedad a otra persona, o constituyendo sobre la cosa otros derechos reales como el usufructo, una servidumbre, una prenda o una hipoteca; por último, defendiendo judicialmente su derecho, mediante el ejercicio de acciones civiles”.¹⁰

Así las cosas, como quiera que en el contrato de comodato el propietario de un bien transfiere en ejercicio de su facultad de libre disposición, el derecho al uso y goce del mueble o inmueble al comodatario, entiende la Sala que transfiere, **salvo pacto expreso en contrario**, el derecho a servirse del bien y a percibir los frutos derivados de su explotación en forma gratuita.

Adicionalmente, es importante mencionar, que **nuestra legislación no contempla ningún tipo de prohibición o limitación en cuanto a los derechos del comodatario, distinta a la del tiempo de duración, el tipo de personas con las que es viable la celebración de contratos de comodato por parte de las entidades estatales (artículo 38 de la ley 9 de 1989) y la obligación de devolver el bien al término del contrato. Y no tienen por qué existir otras limitaciones en la medida en que la propiedad pública y la naturaleza del bien (fiscal o de uso público)**,

⁹ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil No. 1129 del 16 de septiembre de 1998. Caso de comodato sobre bienes de uso público – espacio público – Sociedad de Mejoras Públicas-

¹⁰ Valencia Zea, Arturo. Derecho Civil. Parte General y Personas. Pág. 242.

permanecen inmutables.¹¹

Igualmente, no sobra advertir que, aunque en principio, de conformidad con lo previsto en el artículo 718 del Código Civil, “Los frutos civiles pertenecen también al dueño de la cosa de que provienen, de la misma manera y con la misma limitación que los naturales”, ello opera en los términos del artículo 716 del mismo Código, “sin perjuicio de los derechos constituidos por las leyes, o por un hecho del hombre, al poseedor de buena fe, al usufructuario, al arrendatario”.

1.2. Obligaciones del comodatario

*De acuerdo con lo expuesto en el aparte anterior, debe precisarse que las obligaciones que surgen para el comodatario se limitan a las siguientes: a) Usar el bien en los términos y condiciones convenidas en el contrato. b) garantizar su conservación y, c) restituir el bien mueble o raíz al vencimiento del término pactado.*¹²

De lo anterior se desprende para el comodatario la obligación de asumir ciertas cargas inherentes (según el respectivo contrato), tales como, el mantenimiento del bien, la obtención de los seguros requeridos para amparar los bienes adecuadamente, asumir el costo de la vigilancia del mismo y, en general, los costos de administración para garantizar el uso adecuado del bien.

Por tanto, si del análisis de las prestaciones que se pacten en el contrato se deduce que nace para el comodatario una obligación que implique el pago de un “precio” derivado del uso y goce del bien o de la prestación de un servicio o comisión, se estará en presencia de otro negocio jurídico, con consecuencias, en materia de obligaciones y responsabilidad distintas a las que se derivan del contrato de comodato.

Recuérdese que la naturaleza de un contrato no depende del título que le otorguen las partes, sino de la índole de las prestaciones que se pacten.

...

Así, no es viable pretender derivar una renta contractual de un negocio jurídico que en esencia es gratuito y que, por ende, no es generador de pago alguno que represente un excedente, renta o ganancia, susceptible de incorporarse en el presupuesto como un ingreso corriente, del que pueda disponer el Estado para atender los gastos que demanda la ejecución de sus cometidos estatales en los diferentes órdenes y niveles.

...

Por último, es preciso señalar que cada entidad dentro del marco de sus funciones cuenta con autonomía para seleccionar el esquema contractual que le permita cumplir los fines estatales, sin perjuicio de las regulaciones que para algunos tipos de contrato prevé la ley 80/93:

¹¹ Constitución Política. Artículo 63.- Los bienes de uso público, los parques naturales, las tierras comunales de grupos étnicos, las tierras de resguardo, el patrimonio arqueológico de la nación y los demás bienes que determine la ley, son inalienables, imprescriptibles e inembargables”.

¹² Código Civil. Artículo 2200 y 2205.

"Artículo 3º. De los fines de la contratación estatal. Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines.

Los particulares, por su parte, tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales, que además de la obtención de utilidades cuya protección garantiza el Estado, colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones".¹³

Si la administración selecciona, entre todas las figuras contractuales posibles, como esquema de manejo de alguno o algunos de sus bienes el contrato de comodato, sin reserva alguna, deberá también asumir las consecuencias jurídicas del negocio jurídico libremente celebrado."

Por lo tanto, es claro, que la principal característica del contrato de comodato es la gratuidad, pues si el comodatario adquiere una contraprestación económica, se desnaturaliza el negocio jurídico. Y, que este puede ser celebrado por entes estatales con el lleno de los requisitos legales que para el efecto se exige.

2.- LAS CONTRALORÍAS Y LA LEY DE GARANTIAS (LEY 996 DE 2005)

Respecto del tema en concreto la Oficina Jurídica de la Auditoría General de la República con anterioridad y en diversas oportunidades se ha pronunciado, razón por la cual, se anexan los respectivos conceptos, con el fin de dar respuesta a este interrogante.

Sin embargo es importante señalar que en consulta similar a la que hoy nos ocupa, se manifestó:

"La Ley 996 de 2005, limita las contrataciones directas que puedan realizar los funcionarios públicos cuatro meses antes de las elecciones. Además, impone restricciones para evitar que los funcionarios con jurisdicción y mando intervengan en los procesos electorales.

En tal precepto se establecen prohibiciones para los servidores del Estado, aplicables para cualquier jornada electoral. El artículo 33 ibídem, en su inciso primero, se refiere específicamente a comicios electorales presidenciales, adoptando por tanto, restricciones

¹³ Ley 80 de 1993.- Artículo 3º.

hasta la realización de la segunda vuelta y es claro, que el inciso primero del párrafo del artículo 38, al referirse a las restricciones que rigen “dentro de los cuatro (4) meses anteriores a las **elecciones**” se refiere tanto a las elecciones nacionales como a las territoriales.

Al respecto el H. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, con Ponencia del Dr. William Zambrano Cetina, concepto 20100610, expediente radicado bajo la partida 11001-03-06-000-2010-00066-00, manifestó:

“ ...

En cuanto al párrafo del artículo 38, éste dispone que las restricciones ahí consignadas rigen “dentro de los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones” de modo general, lo cual significa que se refiere a las elecciones tanto territoriales como nacionales y dentro de éstas, las presidenciales, máxime que luego la norma alude a “candidatos a la Presidencia y Vicepresidencia de la República, el Congreso de la República, Gobernaciones departamentales, Asambleas departamentales, Alcaldías y Concejos municipales o distritales” y en el inciso final reitera el término de los cuatro (4) meses anteriores a “las elecciones a cargos de elección popular”, con lo cual se reafirma que la expresión “elecciones” utilizada por esta norma comprende los dos tipos de elecciones (territoriales y nacionales)...”

Siendo así, es claro, que las disposiciones consagradas en los artículos 32, 33 y el párrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005 contienen restricciones y prohibiciones para los diferentes periodos preelectorales; haciendo toda alusión a restricciones dentro de los cuatro meses anteriores a la elección presidencial, extendiéndose tales prohibiciones en virtud de lo dispuesto en el párrafo del mentado artículo 38 a las elecciones territoriales al referirse de manera general a las “**elecciones**”.

En igual sentido, el Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, en concepto No. 1720 de 2006, había precisado:

“La Ley 996 de 2005 que consagra un régimen especial de garantías para la defensa de principios y derechos fundamentales para la transparencia de procesos Electorales, es de naturaleza estatutaria; y por tanto las restricciones y prohibiciones en ella contenidas, para los entes, organismos, servidores públicos y particulares allí mencionados, en los momentos cronológicos señalados en la misma. Se aplican de preferencia y suspenden temporalmente las regulaciones que sobre los mismos temas o materias afines contienen otras disposiciones de carácter legal o reglamentario. (...)

Así mismo, el artículo 38 de la Ley en cita, después de consagrar en su inciso primero una serie de prohibiciones para todos los servidores públicos, de manera específica previó en su párrafo lo siguiente:

“Artículo 38. PROHIBICION PARA LOS SERVIDORES PUBLICOS. A los empleados del estado les está prohibido:

(...)

PARAGRAFO. Los gobernadores, alcaldes municipales y/o distritales, secretarios, gerentes y directores de entidades descentralizadas del orden municipal, departamental o distrital, dentro de los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones, no podrán celebrar convenios interadministrativos para la ejecución de recursos públicos, ni participar, promover y destinar recursos públicos de las entidades a su cargo, como tampoco las que participe como miembros de sus juntas directivas, en o para reuniones de carácter proselitista.

Tampoco podrán inaugurar obras públicas o dar inicio a programas de carácter social en reuniones o eventos en los que participen candidatos a la Presidencia y Vicepresidencia de la República, el Congreso de la República, gobernaciones departamentales, asambleas departamentales, alcaldías y concejos municipales o distritales. Tampoco podrán hacerlo cuando participen voceros de los candidatos.

La nómina del respectivo ente territorial o entidad no se podrán modificar dentro de los cuatros (4) meses anteriores a las elecciones a cargos de elección popular, salvo que se trate de provisión de cargos por faltas definitivas, con ocasión de muerte o renuncia irrevocable del cargo correspondiente debidamente aceptada, y en los casos de aplicación de las normas de carrera Administrativa” (Negrilla de la Sala).

En este orden de ideas, la interpretación sistemática de las disposiciones consagradas en los artículos 32, 33 y el parágrafo del artículo 38 de la ley 996 de 2005 lleva a concluir que dicha norma contiene restricciones y prohibiciones para período preelectorales diferentes; las dos primeras, de manera específica para los cuatro meses anteriores a la elección presidencial; el último de manera más genérica para los cuatro meses anteriores a las elecciones para cualquier cargo de elección popular a que se refiere la Ley incluido el de Presidente de la República; de manera que dichas restricciones no se excluyen sino que se integran parcialmente, lo que permite concluir que en período preelectoral para elección de Presidente de la república, a todos los entes del estado, incluidos los territoriales, se aplican las restricciones de los artículos 32 y 33 con sus excepciones, así como las del parágrafo del artículo 38. En

cambio, para elecciones en general, excluyendo las correspondientes a Presidente de la república, a las autoridades territoriales allí mencionadas sólo se aplican las restricciones contenidas en el parágrafo del artículo 38.

El hecho de que los artículos 32 y 33 de la Ley 996 de 2005 contengan prohibiciones y restricciones aplicables, las primeras en la rama Ejecutiva; las segundas a todos los entes del estado, específicamente para el período que precede las elecciones presidenciales, mientras que el parágrafo del artículo 38 ibídem, abarca un período preelectoral más genérico, con prohibiciones aplicables sólo a autoridades territoriales, hace que en sana hermenéutica no sea posible hacer extensivas las excepciones que el artículo 33 consagra para las prohibiciones y restricciones de los artículos 32 y 33, a las prohibiciones del artículo 38 parágrafo, pues no sólo se refiere a dos postulados de conducta diferente, sino que se trata de normas de carácter negativo cuya interpretación es restrictiva; y demás no puede olvidarse que el legislador en el artículo 32 de la ley en comento, expresamente extendió la excepción a las restricciones contenidas en el artículo 33, únicamente para los casos de prohibición enunciados por dicho artículo 32".(sic).

Por lo tanto, es claro, que el parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005, es aplicable en las elecciones de Gobernadores, Alcaldes, Diputados, Concejales y Juntas Administradoras Locales, que se llevarán a cabo el día 30 de octubre de 2011. Éste, tal y como lo señaló la Alta Corporación, hace referencia a un período preelectoral más genérico y de esta manera dispone prohibiciones a las autoridades territoriales desde los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones para cualquier cargo de elección popular.

Por su parte, la Procuradora Séptima Delegada ante el Consejo de Estado (E) Vicepresidenta de la Comisión Nacional de Control y Asuntos Electorales, ante la pregunta sobre la viabilidad de que las Contralorías Departamentales y Municipales pudieran suscribir convenios interadministrativos en Ley de Garantías, en concepto No. 166661 de fecha 13 de agosto de 2007, manifestó:

"Las prohibiciones, como restricción al ejercicio de derechos o de competencias señaladas en la Ley, responden al principio de taxatividad, por manera que solo operan las señaladas de manera precisa en la ley; además, su interpretación se debe hacer teniendo en consideración la regla de hermenéutica señalada en el artículo 31 del Código Civil, cuyo sentido y alcance fijó la sentencia de la H. Corte Suprema que enseña lo siguiente:

"En la interpretación de las leyes prohibitivas no deben buscarse analogías o razones para hacerlas extensivas a casos no

comprendidos claramente en la prohibición" (Cas., 14 de diciembre 1998, xiv, 92).

Por lo anteriormente señalado, el Despacho del señor Procurador General de la Nación, luego de minuciosa revisión de las disposiciones relativas a asuntos electorales, emitió las Directivas Unificadas No. 2 y 5 de 2007 en las que relaciona la normatividad que considera vigente y aplicable al proceso electoral 2007, reseña de la que se excluyó aquellas disposiciones de la ley de garantías Electorales, 996 de 2005, que de manera expresa se refieren a comicios presidenciales y de las que por su contexto sólo resultarían aplicables a esa clase de contiendas. En consecuencia, de conformidad con la directiva No. 02 de 2007, de la ley 996 de 2005, son las disposiciones allí transcritas las aplicables al proceso electoral que se desarrolla durante el presente año para elegir gobernadores, diputados, alcaldes, concejales y ediles en el territorio colombiano.

(...) respecto de los trámites contractuales en los que se encuentre involucrada una entidad estatal, si bien la entidad no encontró disposición alguna que expresamente prohíba su trámite o celebración, en ejercicio de la función preventiva asignada al Ministerio Público, a través de la Directiva No. 005 de 2007, el Procurador General de la Nación recordó a todos los servidores públicos que en toda época y condición deberán tener en cuenta la totalidad del ordenamiento que regula la materia, esto es, la Carta Política, el Estatuto Contractual y sus decretos reglamentarios, so pena de incurrir en conductas relevantes penal, fiscal y disciplinaria, aspecto éste último que dentro de su marco de competencias verificará este Órgano de control a través de sus agentes en todo el territorio nacional."

Así mismo, la Procuraduría General de la Nación mediante Directiva Unificada No. 003 del 15 de marzo de 2011 "Contentiva de instrucciones para los servidores públicos en materia de Contratación Estatal en relación con la jornada electoral del 30 de octubre de 2011" establece directrices de control y vigilancia electoral en las elecciones de Gobernadores, Alcaldes, Diputados, Concejales y Juntas Administradoras Locales, que se llevarán a cabo el día 30 de octubre de 2011.

En este sentido, el Procurador General de la Nación solicita a los servidores públicos:

"1) Atender las prohibiciones que por virtud de la ley 996 de 2005 y la sentencia de Constitucionalidad C-1153 de 2005 aplican, en materia de contratación estatal, utilización de muebles e inmuebles, inauguración de obras públicas y modificación de la nómina:

a. Los Gobernadores, Alcaldes Municipales y/o Distritales, Secretarios, Gerentes y directores de Entidades Descentralizadas del orden Municipal, Departamental o Distrital, dentro de los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones, no podrán celebrar convenios interadministrativos para la ejecución de recursos públicos, ni participar, promover y destinar recursos públicos de las entidades a su cargo, como tampoco de las que participen como miembros de sus juntas directivas, en o para reuniones de carácter proselitista.

b. Deberán abstenerse de inaugurar obras públicas durante los cuatro meses anteriores al debate electoral del 30 de Octubre de 2011 o dar inicio a programas de carácter social en reuniones o eventos en los que participen candidatos a Gobernadores, Asambleas Departamentales, Alcaldes y Concejos Municipales y Distritales. Tampoco podrán participar voceros de los anteriores candidatos.

c. No podrán autorizar la utilización de inmuebles o bienes muebles de carácter público para actividades proselitistas, ni para facilitar el alojamiento, ni el transporte de electores de candidatos a cargos de elección popular. Tampoco podrán hacerlo cuando participen voceros de los candidatos.

d. La nómina del respectivo ente territorial o entidad no se podrá modificar dentro de los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones a cargos de elección popular, salvo que se trate de provisión de cargos por faltas definitivas, con ocasión de muerte o renuncia irrevocable del cargo correspondiente debidamente aceptada, y en los casos de aplicación de las normas de carrera administrativa.

2) Cumplir a cabalidad con la normatividad sobre Contratación Estatal establecida, y realizar los procesos de contratación de acuerdo a los principios de transparencia, economía, responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa:

Con antelación al proceso licitatorio o de contratación directa, los responsables de su ejecución deben realizar los análisis de conveniencia y oportunidad, estudios de prefactibilidad y factibilidad y cuando sea necesario implementar los diseños y planos, y como mínimo se ha de tener en cuenta:

- La definición de la necesidad que la entidad estatal pretende satisfacer con la contratación.
- La definición técnica de la forma en que la entidad puede satisfacer su

necesidad, que entre otros puede corresponder a un proyecto, estudio, diseño o prediseño.

- las(Sic) condiciones del contrato a celebrar tales como objeto, plazo y lugar de ejecución del mismo.
- El soporte técnico y económico del valor estimado del contrato
- El análisis de los riesgos de la contratación y en consecuencia el nivel y extensión de los riesgos que deben ser amparados por el contratista.
- Cualquiera que sea la modalidad de la contratación, contar previamente con las autorizaciones de la Asamblea o Concejo, si así lo dispone la Constitución y la Ley. Igualmente lo que concierne a las licencias ambientales, de construcción y certificado de disponibilidad presupuestal, etc.

3) Abstenerse de realizar traslados y adiciones presupuestales, así como realizar inversiones públicas modificando el cronograma fijado para las entidades en los Planes Nacional, Departamental y Municipal de Desarrollo, o en los convenios de desempeño, con el propósito de favorecer causas y campañas políticas y campañas partidistas, evitando que con la ejecución del presupuesto público se favorezcan intereses personales, particulares y políticos, a favor de uno u otro candidato.

4) Realizar los procesos contractuales de acuerdo con los cronogramas de actividades y según los planes de desarrollo y los respectivos presupuestos. En los casos de licitaciones públicas y de contratación directa, se sugiere que, en aras de mayor transparencia, las adjudicaciones se lleven a cabo en audiencia pública, además de velar por la garantía de los principios de la función administrativa, de la publicidad y de la selección objetiva.

5) Abstenerse de suscribir contratos de simple prestación de servicios o de prestación de servicios profesionales cuando los objetos de los eventuales negocios jurídicos puedan ser ejecutados por el personal de planta de la entidad, de arrendamiento de bienes muebles e inmuebles cuando las dependencias de la entidad ofrezcan condiciones adecuadas para la prestación del servicio. La indebida suscripción de contratos de prestación de servicios, para ejercer funciones administrativas, de asesorías profesionales, contrarias a las normas de contratación, constituyen nóminas paralelas que vulneran normas penales, presupuestales, de contratación y disciplinarias gravísimas sancionables con destitución del cargo.

6) Las autoridades administrativas deberán aplicar las políticas de austeridad del Gobierno Nacional, realizando un control sobre el suministro de combustibles a los vehículos, mantenimiento, reparación y utilización de los mismos. Así mismo, los jefes de los organismos, deberán velar para que

los vehículos del parque automotor de la entidad, no sean indebidamente utilizados para facilitar el ejercicio de actividades partidistas, ejerciendo un debido control interno sobre los funcionarios subalternos a quienes se les asigna vehículos, maquinaria y equipos.

7) Las obras y demás actividades financieras con recursos extranjeros, en especial los del Plan Colombia, serán ejecutadas por las personas competentes, evitando conducir a la comunidad a confusión por medio de publicidad relativa al patrocinador de la obra, absteniéndose de intervenir en la inauguración de las mismas durante el término señalado en el numeral anterior.

8) Los funcionarios públicos que sugieran al Gobierno Nacional proyectos de inversión regional, deberán abstenerse de intervenir en la ejecución de los mencionados recursos, en el proceso de selección y escogencia del contratista, y en la suscripción y ejecución del contrato, pues es de exclusiva responsabilidad del representante legal del ente territorial, sin que deba intervenir en manera alguna en dicha actividad."

Adicionalmente, el Auditor General de la República mediante Circular externa No 05 del 30 de junio de 2.011 dirigida a la Contraloría General de la República, las Contralorías Departamentales, Municipales y Distritales, en aras de evitar la indebida utilización de los recursos públicos con fines partidistas, en materia de contratación estatal, utilización de bienes muebles e inmuebles y en general la destinación de recursos públicos, solicita a todas las contralorías una estricta vigilancia fiscal a sus sujetos de control respecto al cumplimiento de las instrucciones impartidas en relación con la jornada electoral del 30 de junio de 2.011.

Con base en todo lo anterior se considera que las prohibiciones en la materia referente a la contratación estatal para las elecciones del 30 de octubre de 2.011, son las señaladas en el parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005, ley cuya clasificación es de tipo prohibitivo de aquellas que mandan no hacer algo, prohíben o impiden determinada conducta, y, por tanto, no es posible extender por analogía a casos no señalados en ella.

El referido artículo 38 en los numerales 1 al 5 establece una serie de prohibiciones para todos los funcionarios públicos del Estado mientras que el parágrafo del mismo artículo hace relación específica a autoridades de orden territorial y menciona como sujetos pasivos de dichas prohibiciones a los Gobernadores, Alcaldes Municipales y/o Distritales, Secretarios, Gerentes y directores de Entidades Descentralizadas del orden Municipal, Departamental o Distrital, siendo por tanto, una norma que señala de manera taxativa a quien va dirigida.

En conclusión, al hacer un análisis conjunto y sistemático de la normativa expuesta podemos precisar que si bien es cierto la misma de manera específica señala a quien va

dirigida tanto en etapa pre electoral como electoral, también lo es, que todas las entidades del Estado están obligadas, a cumplir con la normativa sobre contratación estatal, y, en virtud de ello, a realizar los procesos de contratación de acuerdo con los principios de transparencia, economía, responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa.

Adicionalmente, de acuerdo con lo establecido en la Ley 1150 de 2007 y el Decreto Reglamentario 2474 de 2008, la escogencia del contratista se efectuará con arreglo a las modalidades de selección de licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos y contratación directa, aplicando los principios antes citados y procurando siempre la selección objetiva del contratista, entendida ésta, como la escogencia del ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva.

Así las cosas, para iniciar cualquier proceso de contratación se requiere de la elaboración de los estudios previos correspondientes, en desarrollo de lo señalado en los numerales 7 y 12 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, los cuales están conformados por los documentos definitivos que sirven de soporte para la elaboración del proyecto de pliego de condiciones de manera que los proponentes puedan valorar adecuadamente el alcance de lo requerido por la entidad, así como el de la distribución de riesgos y en donde se definen, entre otros aspectos, la necesidad que la entidad estatal pretende satisfacer con la contratación, la descripción del objeto a contratar, con sus especificaciones y la identificación del contrato a celebrar, los fundamentos jurídicos que soportan la modalidad de selección, el análisis que soporta el valor estimado del contrato, indicando las variables utilizadas para calcular el presupuesto de la respectiva contratación, así como su monto y el de posibles costos asociados al mismo y la justificación de los factores de selección que permitan identificar la oferta más favorable."

D. CONCLUSION:

Se concluye entonces, que el contrato de comodato es por su naturaleza netamente gratuito y puede ser celebrado por las entidades estatales siempre y cuando cumplan con las formalidades legales requeridas.

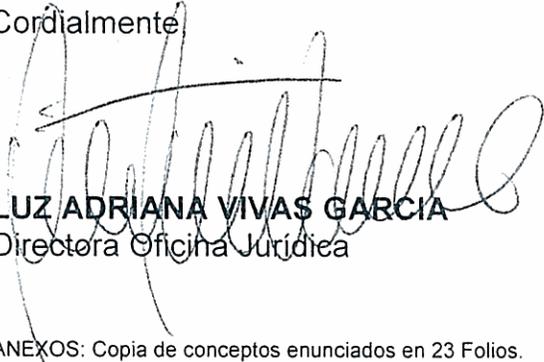
Y, que el parágrafo 38 de la Ley 996 de 2005 señala de manera taxativa quienes son sus destinatarios, por tanto, éstos deben someterse a las restricciones y prohibiciones allí señaladas, y en virtud de ello, los demás entes del Estado no pueden celebrar contratos o convenios que signifiquen ejecución de recursos públicos con dichos destinatarios.

La prohibición de suscripción de contratos y convenios interadministrativos para la ejecución de recursos públicos, se aplica ya sea que éstos se proyecten celebrar entre entidades del nivel territorial exclusivamente o con la participación de organismos, entidades del nivel nacional, o de organismos de control.

Por tanto, deben los entes estatales que sean parte del negocio jurídico que pretendan celebrar, estando vigente la Ley 996 de 2005, determinar la procedencia del mismo, en razón de las prohibiciones y restricciones en ella contempladas, de acuerdo a la naturaleza y al objeto ha acordar.

Este concepto se emite dentro de los parámetros establecidos en el artículo 25 del Código Contencioso Administrativo, por lo tanto no tiene carácter obligatorio, ni fuerza vinculante.

Cordialmente



LUZ ADRIANA VIVAS GARCIA
Directora Oficina Jurídica

ANEXOS: Copia de conceptos enunciados en 23 Folios.

Proyectó: Luz Myriam Romero - Profesional Oficina Jurídica