**AUTORIZACIÓN DEL CONCEJO AL ALCALDE MUNICIPAL PARA CONTRATAR - Marco constitucional y legal.**

El artículo 314 de la Constitución, establece que en cada municipio habrá un alcalde, *“*jefe de la administración local” y representante legal del municipio. Concordante con ello, el artículo 315 ibídem regula las principales atribuciones del Alcalde, entre las que se encuentra la de ordenar los gastos municipales de acuerdo con el plan de inversión y el presupuesto. El Decreto 111 de 1996, “Por el cual se compilan la Ley 38 de 1989, la Ley 179 de 1994 y la Ley 225 de 1995 que conforman el Estatuto Orgánico del Presupuesto”, aplicable en el ámbito municipal (Art. 352 C.N), dispone su artículo 110 lo siguiente: (…)

**AUTORIZACIÓN DEL CONCEJO AL ALCALDE MUNICIPAL PARA CONTRATAR - Contratos que requieren autorización.**

Además, el artículo 18 de la Ley 1551 de 2012 “Por la cual se dictan normas para modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios”, introdujo una importante adición al referido artículo 32 de la Ley 136 de 1994, pues además de la función primigenia de reglamentar la autorización al alcalde para contratar, el legislador dispuso que en todo caso se requerirá de la autorización expresa del Concejo para determinados contratos. Así lo dispuso: “PARÁGRAFO 4o**.** De conformidad con el numeral 3 del artículo 313 de la Constitución Política, el Concejo Municipal o Distrital deberá decidir sobre la autorización al alcalde para contratar en los siguientes casos:1. Contratación de empréstitos. 2. Contratos que comprometan vigencias futuras. 3. Enajenación y compraventa de bienes inmuebles. 4. Enajenación de activos, acciones y cuotas partes. 5. Concesiones. 6. Las demás que determine la ley.” De lo anterior se colige que la competencia general que los Estatutos de Presupuesto y Contratación les atribuyen a los jefes de las entidades territoriales para contratar, debe entenderse en armonía con el reparto de competencias entre concejos y alcaldes, el cual prevé la existencia de una autorización para contratar por parte de los primeros hacia los ordenadores del gasto (los alcaldes); tal autorización, solo resulta exigible en los eventos taxativamente previstos en el citado Parágrafo. (…) En consecuencia, es dable concluir lo siguiente: i). Los concejos municipales deben atender el mandato del Art. 313 numeral 3° de la Constitución Política, ii). la autorización previa constitucional por parte de las corporaciones edilicias para que los Alcaldes puedan contratar debe ser excepcional sin que comprometa todos los contratos a ejecutar, iii). la autorización por parte de los concejos municipales deberán limitarse a trazar las reglas aplicables a cada caso, sin determinar aspectos propios atribuidos constitucionalmente al Alcalde, iv). tales autorizaciones no pueden modificar los aspectos ya regulados por el estatuto general de la contratación de la administración pública e influir en el normal funcionamiento de la gestión de la contratación como lo establece la Ley 80 de 1993 y (v) el Alcalde es el ordenador del gasto público de acuerdo a lo presupuestado para su funcionamiento.

**CONTRATO DE COMODATO O PRÉSTAMO DE USO - Las entidades públicas pueden celebrarlo con entidades de naturaleza pública o privada, siempre que estas últimas no repartan utilidades entre sus asociados o fundadores, ni adjudiquen sus activos en el momento de su liquidación a los mismos, o juntas de acción comunal, fondos de empleados y similares.**

En el ordenamiento jurídico colombiano, el contrato de comodato o préstamo de uso está previsto en el Art. 2220 y ss. del Código Civil en los siguientes términos: (…). Así entonces, mediante el contrato de comodato se traslada el uso y disfrute de un bien, de manera gratuita, con el consecuente derecho del comodatario a percibir los frutos naturales o civiles que se produzcan y el compromiso de restituirlo al comodante al finalizar su uso o en el plazo y forma convenida. A su vez, el Art. 38 de la Ley 9 de 1989 autorizó a las entidades públicas para celebrar este tipo de contratos sobre sus bienes inmuebles en los siguientes términos: (…) De acuerdo a lo anterior, las entidades públicas pueden celebrar contrato de comodato con entidades de naturaleza pública o privada, siempre que éstas últimas no repartan utilidades entre sus asociados o fundadores, ni adjudiquen sus activos en el momento de su liquidación a los mismos, o juntas de acción comunal, fondos de empleados y similares.

**ACUERDO MUNICIPAL QUE AUTORIZÓ AL ALCALDE PARA CELEBRAR CONTRATO DE COMODATO – Declaratoria de invalidez por cuanto dicho negocio jurídico no se encuentra enlistado de forma taxativa en el parágrafo 4º del artículo 18 de la Ley 1551 de 2012 y, por tanto, no requería autorización previa por parte del Concejo Municipal de Duitama para su celebración.**

Recuerda la Sala que, en el caso concreto, el Departamento de Boyacá en su escrito de demanda señaló que el acuerdo acusado, esto es el Acuerdo No. 016 del 07 de diciembre de 2021 desconoció lo dispuesto en el Art. 38 de la Ley 9 de 1989 al suscribir contrato de comodato con persona distinta a las autorizadas en la citada norma, dado que la propiedad horizontal Conjunto Residencial Santa Lucía no es una entidad pública, ni sindicato, cooperativas, asociaciones ni fundación sin ánimo de lucro. Ahora bien, conforme a las pruebas obrantes en el expediente, se tiene que el acuerdo acusado dispuso lo siguiente: (…) En las motivaciones del acuerdo acusado, se hizo alusión a la norma que el Departamento de Boyacá cita como vulnerada y se precisó que mediante Escritura Pública No. 1121 del 02 de diciembre de 1983, el Instituto de Crédito Territorial cedió a favor del Municipio de Duitama la zona de parqueadero de la Urbanización Santa Lucía. Se mencionó, además, que de conformidad con las previsiones de la Ley 675 de 2001, la persona jurídica originada en la constitución de la propiedad horizontal es de naturaleza civil, sin ánimo de lucro y que la Administradora del Conjunto Residencial Santa Lucía, mediante escrito fechado el día 21 de octubre de 2021, solicitó al Alcalde Municipal prorrogar el Contrato de Comodato suscrito entre el Municipio de Duitama y la Propiedad Horizontal, sobre la zona de parqueaderos. Al contestar la demanda, el Municipio de Duitama señala que el Acuerdo cuya invalidez se invoca goza de validez, como quiera que el Conjunto Residencial Santa Lucía PH constituye una persona jurídica asimilable a las definidas por el artículo 38 de la Ley 9ª de 1989 y en ese sentido, es procedente el negocio jurídico de comodato. De acuerdo a lo anterior, en primer término debe precisar la Sala que tal como se expuso en precedencia, por regla general, el alcalde o jefe de la administración local tiene a su cargo la ordenación de los gastos municipales de acuerdo con el plan de inversión y el presupuesto y a su vez, los Concejos municipales tiene a cargo la función de autorizar al alcalde para celebrar contratos, en los casos en que expresamente se requiere autorización, esto es, en aquellos previstos en el Parágrafo del Art. 18 de la Ley 1551 de 2012, a saber: Contratación de empréstitos, Contratos que comprometan vigencias futuras, Enajenación y compraventa de bienes inmuebles, Enajenación de activos, acciones y cuotas partes, Concesiones y los demás que determine la ley. En ese contexto, dirá la Sala es que el contrato de comodato no fue previsto expresamente en aquellos que requieren autorización del Concejo Municipal para que el alcalde pueda celebrarlo. Adicionalmente, de acuerdo con las disposiciones del Código Civil, en el contrato de comodato “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”, evento en el que el comodante conserva los derechos sobre la cosa prestada, pero no su ejercicio en cuanto fuere incompatible con el uso concedido al comodatario; así que el contrato de comodato se caracteriza por ser gratuito, real, principal, bilateral y quien entrega el bien no se desprende de la propiedad o dominio como quiera que sólo se confiere el derecho de servirse del bien con la obligación de restituirlo. De acuerdo a lo anterior, se advierte que, de conformidad con la naturaleza y características, los contratos de comodato que recaigan sobre bienes muebles o inmuebles no transfieren la propiedad a su comodatario, lo que quiere decir que, el contrato de comodato sobre el cual recae el presente asunto no corresponde a una enajenación o compraventa de bienes inmuebles, acciones, cuotas partes o concesiones y tampoco se encuentra dentro de aquellos para los cuales la Ley 136 de 1994 exige autorización previa del concejo municipal. Sin perjuicio de lo anterior, es posible que este trámite deba agotarse en los municipios en los que así se haya dispuesto mediante acuerdo, situación que no fue planteada ni acreditada en el asunto de la referencia, pues el único cargo de invalidez se sustenta estrictamente en la vulneración del Art. 38 de la Ley 9 de 1989 y la defensa de la legalidad del acuerdo que realiza el Municipio de Duitama, se funda en la procedencia del contrato de comodato con persona jurídica que constituye el Conjunto Residencial Santa Lucía PH. En consecuencia, la Sala debe precisar que el contrato de comodato no se encuentra enlistado de forma taxativa en el parágrafo 4º del Artículo 18 de la Ley 1551 de 2012, por tanto, dicho negocio jurídico no requiere autorización previa por parte del Concejo Municipal de Duitama para su celebración razón por la cual la Sala declarará la invalidez del Acuerdo No. 016 del 07 de diciembre de 2021 expedido por el Concejo Municipal de Duitama.

**NOTA DE RELATORÍA:** La providencia que se presenta al público ha sido modificada solo para incluir sus anteriores descriptores y restrictores, mas no para variar su contenido. Por lo anterior, el código de seguridad del mismo no corresponde al de la original. Para validar la integridad de la providencia los interesados pueden consultarla y descargarla a través de la plataforma SAMAI siguiendo este link:

|  |
| --- |
| <https://samairj.consejodeestado.gov.co/Vistas/Casos/list_procesos.aspx?guid=150012333000202200078001500123> |

REPUBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ

**SALA DE DECISIÓN No. 6**

###### MAGISTRADO PONENTE: FÉLIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS

Tunja, veintisiete (27) de octubre de dos mil veintidós (2022)

**VALIDEZ DE ACUERDO MUNICIPAL**

 **DEMANDANTE: DEPARTAMENTO DE BOYACÁ**

 **DEMANDADO: MUNICIPIO DE DUITAMA**

 **RADICADOS:** **15001 23 33 000 2022 0078 – 00**

 **SAMAI**

<https://samairj.consejodeestado.gov.co/Vistas/Casos/list_procesos.aspx?guid=150012333000202200078001500123>

## ASUNTO A RESOLVER

1. Procede la Sala de Decisión No. 6 de la Corporación a dictar sentencia para resolver la demanda que ha dado origen al proceso de la referencia, impetrada por el DEPARTAMENTO DE BOYACÁ en contra del MUNICIPIO DE DUITAMA.

##  II. ANTECEDENTES

**2.1.- Pretensiones**

2. Pretende la entidad actora que esta Corporación declare la invalidez del Acuerdo No. 016 del 07 de diciembre de 2021, expedido por el Concejo Municipal de Duitama "*POR EL CUAL SE AUTORIZA AL ALCALDE DEL MUNICIPIO DE DUITAMA, SUSCRIBIR CONTRATO DE COMODATO A FAVOR DE LA COPROPIEDAD HORIZONTAL CONJUNTO RESIDENCIAL SANTA LUCIA*”.

**2.2- Supuestos de hecho**

3. Los hechos que relata el Departamento de Boyacá como fundamento de sus pretensiones son, en resumen, los que a continuación se relacionan.

4. El Concejo Municipal de Duitama, expidió el Acuerdo No. 016 del 07 de diciembre de 2021, *" POR EL CUAL SE AUTORIZA AL ALCALDE DEL MUNICIPIO DE DUITAMA, SUSCRIBIR CONTRATO DE COMODATO A FAVOR DE LA COPROPIEDAD HORIZONTAL CONJUNTO RESIDENCIAL SANTA LUCIA*”.

5. Que el Acuerdo mencionado fue radicado en la Dirección Jurídica del Departamento el 15 de diciembre de 2021.

6. Que, una vez realizada la revisión jurídica por parte del Departamento, se encontró que el acuerdo citado es contrario a la Ley.

**2.3.- Normas violadas y concepto de violación**

7. Invoca como tales:

* ***De orden legal:*** Art. 38 de la Ley 9 de 1989; Art. 2200 del Código Civil.

8. En el concepto de violación, la apoderada del Departamento de Boyacá señaló que, de acuerdo con las citadas normas, en el contrato de préstamo o préstamo de uso, una de las partes entrega a otra gratuitamente una especie mueble o raíz para que la use, bien que debe ser restituido en las mismas condiciones después de terminado el uso; precisó que las entidades públicas únicamente pueden dar en comodato sus inmuebles 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 el término máximo de 5 años renovables.

9. Sostuvo que, en el caso de la referencia, el Contrato de Comodato se celebró con persona jurídica distinta a las señaladas en el Art. 38 de la Ley 9 de 1989.

10. Precisó que el Acuerdo acusado desconoce las disposiciones legales al autorizar al Alcalde por 30 días para suscribir contrato de comodato con la propiedad horizontal Conjunto Residencial Santa Lucía sobre el Folio de Matricula distinguido con el folio de matrícula inmobiliaria 074.16150 de propiedad del Municipio de Duitama, denominado “Zona de Parqueadero”, por el termino de 3 años, dado que no es una entidad pública, ni sindicato, cooperativas, asociaciones ni fundación sin ánimo, al no haberse allegado escritura pública que así lo determine.

**2.4.- Contestación del Municipio de Duitama**

11. El Municipio de Duitama contestó la demanda a través de su apoderado judicial solicitando se niegue la pretensión de invalidez del acuerdo objetado, por carecer los argumentos del Departamento de Boyacá de sustento legal para enjuiciar el acto administrativo expedido por la corporación edilicia.

12. Señaló que el Acuerdo debe declararse válido toda vez que fue expedido por la autoridad competente conforme las facultades que le otorga a la corporación edilicia el numeral 3° del Art. 313 Constitucional, el parágrafo 4° del artículo 32 de la Ley 136 de 1994 adicionado por el Art. 18 de la Ley 1551 de 2012, el Art. 167 del Decreto – Ley 1333 de 1986, el Art. 38 de la Ley 9ª de 1989 y el Acuerdo No. 019 de 2016.

13. Explicó que el artículo 38 de la Ley 9ª de 1989 no solamente permite que las entidades públicas entreguen en comodato sus bienes a otras entidades públicas, sindicatos, cooperativas, asociaciones y fundaciones, pues la citada disposición autoriza que este tipo de negocios jurídicos puedan suscribirse con personas jurídicas que puedan asimilarse a las anteriores siempre que aquellas, no repartan sus utilidades entre sus asociados o fundadores ni adjudiquen sus activos en el momento de su liquidación a los mismos.

14. Agregó que el Acuerdo acusado se sustenta en el Art. 33 de la Ley 675 de 2001 que define la naturaleza jurídica de la propiedad horizontal, indicando que se trata de una persona jurídica de naturaleza civil, sin ánimo de lucro. Señaló que la propiedad horizontal surge como una persona jurídica en la que el propietario comparte con otros la titularidad del dominio sobre los bienes comunes, los cuales son necesarios para la existencia, seguridad y conservación del conjunto.

15. En esa medida, explicó que la objeción presentada por el Departamento de Boyacá, carece de sustento por cuanto la propiedad horizontal a la cual se entregó en comodato el bien inmueble de propiedad del Municipio de Duitama, no reparte utilidades ni tampoco adjudica sus activos en caso de disolución, por cuanto los recursos patrimoniales de esa persona jurídica, están conformados por los ingresos provenientes de las expensas comunes ordinarias y extraordinarias, multas, intereses, fondo de imprevistos, y demás bienes e ingresos que adquiera o reciba a cualquier título para el cumplimiento de su objeto. Por tanto, concluyó que por tratarse el Conjunto Residencial Santa Lucía PH, de una persona jurídica asimilable a las definidas por el artículo 38 de la Ley 9ª de 1989, se considera que el acuerdo enjuiciado goza de legalidad.

**2.5.- Concepto del Ministerio Público**

16. El Procurador Judicial 122 emitió concepto refiriéndose a los antecedentes del caso, para analizar luego el Acuerdo cuya invalidez se solicita, así como el régimen jurídico del contrato de comodato, explicando que de conformidad con la naturaleza de la propiedad horizontal regulada por la Ley 675 de 2001, el Conjunto Residencial Santa Lucía es una persona jurídica, de naturaleza civil y sin ánimo de lucro, respecto de la cual no se encuentra prohibido el comodato autorizado en el Acuerdo No. 016 de 2021 y además, que se asemeja a las juntas de acción comunal, por lo que solicitó se declare la validez del citado acuerdo.

**2.6.-Actuación procesal**

17. La demanda se presentó ante la Oficina Judicial de Tunja el 07 de febrero de 2022[[1]](#footnote-1) siendo admitida por auto del 15 de diciembre de 2021[[2]](#footnote-2) y sometida a las ritualidades propias del proceso previsto en el Art. 151 C.P.A.C.A. y en el D.L. 1333 de 1986, allegándose contestación a la demanda por parte del Municipio de Duitama[[3]](#footnote-3) y concepto del Ministerio Público[[4]](#footnote-4).

18. Mediante providencia del 29 marzo de 2022[[5]](#footnote-5) se abrió a pruebas el proceso y, una vez vencida la etapa probatoria, se declaró impedimento del Ponente por auto de fecha 16 de mayo de 2022[[6]](#footnote-6), declarado infundado por auto del 07 de septiembre de 2022[[7]](#footnote-7), ingresando al Despacho del ponente nuevamente para continuar con el trámite en fecha 16 de septiembre de 2022[[8]](#footnote-8).

1. **CONSIDERACIONES**

**3.1. El problema jurídico**

19. De lo expuesto en la demanda se desprende que el debate jurídico se contrae a determinar si se ajusta o no a derecho el Acuerdo No. 016 del 07 de diciembre de 2021, expedido por el Concejo del Municipio de Duitama "*POR EL CUAL SE AUTORIZA AL ALCALDE DEL MUNICIPIO DE DUITAMA, SUSCRIBIR CONTRATO DE COMODATO A FAVOR DE LA COPROPIEDAD HORIZONTAL CONJUNTO RESIDENCIAL SANTA LUCIA*”, de acuerdo con los cargos de invalidez presentados por el Departamento de Boyacá, a saber, violación de las disposiciones contenidas en el Art. 38 de la Ley 9 de 1989 en lo que tiene que ver con la prohibición de celebrar contrato de comodato con persona jurídica distinta a las señaladas en la citada norma.

20. Para resolver la controversia, en primer lugar, pasará la Corporación a analizar el marco jurídico y jurisprudencial aplicable, para proceder luego al estudio del caso concreto.

**3.2. Marco Jurídico**

**3.2.1.- De las autorizaciones al Alcalde municipal para contratar**

21. El artículo 314 de la Constitución, establece que en cada municipio habrá un alcalde, *“jefe de la administración local”* y representante legal del municipio. Concordante con ello, el artículo 315 ibídem regula las principales atribuciones del Alcalde, entre las que se encuentra la de ordenar los gastos municipales de acuerdo con el plan de inversión y el presupuesto.

22. El Decreto 111 de 1996, *“Por el cual se compilan la Ley 38 de 1989, la Ley 179 de 1994 y la Ley 225 de 1995 que conforman el Estatuto Orgánico del Presupuesto”*, aplicable en el ámbito municipal[[9]](#footnote-9) (Art. 352 C.N), dispone su artículo 110 lo siguiente:

*“****Artículo 110.******Los órganos que son una sección en el Presupuesto General de la Nación, tendrán la capacidad de contratar y comprometer a nombre de la persona jurídica de la cual hagan parte, y ordenar el gasto en desarrollo de las apropiaciones incorporadas en la respectiva sección, lo que constituye la autonomía presupuestal a que se refieren la Constitución Política y la ley. Estas facultades estarán en cabeza del jefe de cada órgano*** *quien podrá delegarlas en funcionarios del nivel directivo o quien haga sus veces, y serán ejercidas teniendo en cuenta las normas consagradas en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y en las disposiciones legales vigentes.* (...)” (Negrilla y resaltado fuera del texto).

23. Sobre este tema de la ordenación del gasto, la Corte Constitucional, en sentencia C-101 del 7 de marzo de 1996, declaró exequible la primera parte del primer inciso del artículo 110 transcrito, y expresó*: “El concepto de ordenador del gasto se refiere a la capacidad de ejecución del presupuesto. Ejecutar el gasto, significa que, a partir del programa de gastos aprobado - limitado por los recursos aprobados en la ley de presupuesto -, se decide la oportunidad de contratar, comprometer los recursos y ordenar el gasto, funciones que atañen al ordenador del gasto”.*

24. Por su parte, el Art. 313-3 Superior dispone como atribución de los Concejos municipales el de “*autorizar al alcalde para celebrar contratos”. Este m*andato constitucional encuentra desarrollo legal en el artículo 32-3 de la Ley 136 de 1994, al encomendar a los Concejos municipales la función de ***“…reglamentar la autorización al alcalde para contratar, señalando los casos en que requiere autorización previa del Concejo”.***

25. Además, el artículo 18 de la Ley 1551 de 2012 “*Por la cual se dictan normas para modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios”*, introdujo una importante adición al referido artículo 32 de la Ley 136 de 1994, pues además de la función primigenia de reglamentar la autorización al alcalde para contratar, el legislador dispuso que en todo caso se requerirá de la autorización expresa del Concejo para determinados contratos. Así lo dispuso:

“***PARÁGRAFO 4o.*** *De conformidad con el numeral 3 del artículo 313 de la Constitución Política, el Concejo Municipal o Distrital deberá decidir sobre la autorización al alcalde para contratar en los siguientes casos:*

1. *Contratación de empréstitos.*
2. *Contratos que comprometan vigencias futuras.*
3. *Enajenación y compraventa de bienes inmuebles.*
4. *Enajenación de activos, acciones y cuotas partes.*
5. *Concesiones.*
6. *Las demás que determine la ley.”*

26. De lo anterior se colige que la competencia general que los Estatutos de Presupuesto y Contratación les atribuyen a los jefes de las entidades territoriales para contratar, debe entenderse en armonía con el reparto de competencias entre concejos y alcaldes, el cual prevé la existencia de una autorización para contratar por parte de los primeros hacia los ordenadores del gasto (los alcaldes); tal autorización, solo resulta exigible en los eventos taxativamente previstos en el citado Parágrafo.

27. Frente a la autorización del Concejo municipal, prevista en el Art. 313-3 de la Constitución Política, para que los alcaldes puedan contratar, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en Concepto 2215 del 09 de octubre de 2014, precisó lo siguiente:

 *“En síntesis, una lectura integral del artículo 32 de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 18 de la Ley 1551 de 2012, permite concluir que requerirán autorización del concejo municipal:* ***(i)******los contratos señalados expresamente en la ley (parágrafo 4º) y (ii) los demás que determine los propios concejos municipales en ejercicio de su propia competencia constitucional*** *(numeral 3º) (…)*

*En todo caso, cabe recordar, (…) que la función de los concejos municipales en esta materia no puede interpretarse de forma aislada y sin consideración a las competencias propias del legislador y de los alcaldes.* ***Por tal razón no es una potestad absoluta (no puede abarcar todos los contratos que celebre el alcalde), sino referida exclusivamente a aquellos contratos que excepcionalmente lo requieran por su importancia, cuantía o impacto local…”***

28. En este mismo sentido, la Corte Constitucional al declarar la exequibilidad del numeral 3º del Art. 32 de la Ley 136 de 1994, señaló lo siguiente:

*“****… no podrán los Concejos, so pretexto de reglamentar el tema de las autorizaciones, extralimitarse en sus atribuciones e intervenir sobre la actividad contractual propiamente dicha; dirección que corresponde al alcalde, en tanto jefe de la acción administrativa del municipio, de conformidad con el artículo 315- 3 de la Carta.*** *En otras palabras, la reglamentación que expidan estas corporaciones deberá limitarse a trazar las reglas aplicables al acto concreto y específico mediante el cual el concejo autoriza al alcalde para contratar, señalando los casos en que es necesario, sin entrar a regular aspectos como la selección de los contratistas, los contratos específicos a realizar, etc.****”***

29. En lo que respecta a las autorizaciones para contratar, cabe agregar que la Corte Constitucional ha señalado que es una facultad del concejo municipal con el fin de establecer qué contratos de los que debe celebrar el Alcalde en su calidad de representante legal de la entidad y ordenador del gasto deben ser autorizados por la corporación edilicia, indicando que no puede comprender todos los contratos que deba suscribir el burgomaestre sino excepcionalmente los que tal corporación disponga, en forma razonable y proporcionada, mediante un reglamento que se atenga a la Constitución Política[[10]](#footnote-10).

30. Al respecto, el Consejo de Estado ha indicado lo siguiente:

***“... De acuerdo con lo anterior, es fácil concluir que obligar a un alcalde municipal a obtener autorización permanente del concejo municipal para todos los contratos que debe celebrar en cumplimiento de sus funciones, comporta claramente, a la vez que una omisión en el cumplimiento de un deber legal por parte de los concejos*** *(en el sentido de conceder autorizaciones que se requieren para contratar y de establecer un reglamento general para el efecto), un* ***desbordamiento de las facultades que le han sido asignadas a dichas corporaciones municipales, pues termina trasladando a ellas la dirección y control de la actividad contractual del ente territorial, lo cual corresponde a una función constitucional y legal propia de los alcaldes*** *que los concejos no pueden desconocer al amparo del artículo 313-3 de la Constitución”[[11]](#footnote-11) –*Resalta la Sala

31. En consecuencia, es dable concluir lo siguiente: i). Los concejos municipales deben atender el mandato del Art. 313 numeral 3° de la Constitución Política, ii). la autorización previa constitucional por parte de las corporaciones edilicias para que los Alcaldes puedan contratar debe ser excepcional sin que comprometa todos los contratos a ejecutar, iii). la autorización por parte de los concejos municipales deberán limitarse a trazar las reglas aplicables a cada caso, sin determinar aspectos propios atribuidos constitucionalmente al Alcalde, iv). tales autorizaciones no pueden modificar los aspectos ya regulados por el estatuto general de la contratación de la administración pública e influir en el normal funcionamiento de la gestión de la contratación como lo establece la Ley 80 de 1993 y **(v)** el Alcalde es el ordenador del gasto público de acuerdo a lo presupuestado para su funcionamiento[[12]](#footnote-12).

**3.2.2.- Del contrato de comodato o préstamo de uso**

32. En el ordenamiento jurídico colombiano, el contrato de comodato o préstamo de uso está previsto en el Art. 2220 y ss. del Código Civil en los siguientes términos:

***ARTICULO 2200. DEFINICION Y PERFECCIONAMIENTO DEL COMODATO O PRETAMO DE USO.****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.*

***ARTICULO 2201. DERECHOS DEL COMODANTE.****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.*

***ARTICULO 2202. LIMITACIONES DEL COMODATARIO.****El comodatario no puede emplear la cosa sino en el uso convenido, o falta de convención en el uso ordinario de las de su clase.*

*En el caso de contravención podrá el comodante exigir la reparación de todo perjuicio, y la restitución inmediata, aun cuando para la restitución se haya estipulado plazo.*

33. En relación con esta figura contractual, el Consejo de Estado ha precisado:

***“****Mediante el contrato de comodato se traslada el uso y disfrute de un bien, de manera gratuita, con el consiguiente derecho del comodatario que lo recibe de percibir los frutos naturales o civiles que se produzcan y el compromiso de restituirlo al comodante al finalizar su uso o en el plazo y forma convenida. Se trata de un negocio jurídico tipificado y disciplinado en la legislación civil en cuanto a sus elementos, efectos, derechos y obligaciones entre las partes, que tiene por características el ser real (art. 1500 C.C.), bilateral (art. 1496 C.C.), principal (art. 1499 C.C.), nominado, intuitu personae y esencialmente gratuito (art. 1497 C.C.) so pena de conversión en otro negocio jurídico****”****.[[13]](#footnote-13)*

34. Así entonces, mediante el contrato de comodato se traslada el uso y disfrute de un bien, de manera gratuita, con el consecuente derecho del comodatario a percibir los frutos naturales o civiles que se produzcan y el compromiso de restituirlo al comodante al finalizar su uso o en el plazo y forma convenida.

35. A su vez, el Art. 38 de la Ley 9 de 1989 autorizó a las entidades públicas para celebrar este tipo de contratos sobre sus bienes inmuebles en los siguientes términos:

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

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

36. De acuerdo a lo anterior, las entidades públicas pueden celebrar contrato de comodato con entidades de naturaleza pública o privada, siempre que éstas últimas no repartan utilidades entre sus asociados o fundadores, ni adjudiquen sus activos en el momento de su liquidación a los mismos, o juntas de acción comunal, fondos de empleados y similares.

**4.- Caso concreto**

37. Recuerda la Sala que, en el caso concreto, el Departamento de Boyacá en su escrito de demanda señaló que el acuerdo acusado, esto es el Acuerdo No. 016 del 07 de diciembre de 2021 desconoció lo dispuesto en el Art. 38 de la Ley 9 de 1989 al suscribir contrato de comodato con persona distinta a las autorizadas en la citada norma, dado que la propiedad horizontal Conjunto Residencial Santa Lucía no es una entidad pública, ni sindicato, cooperativas, asociaciones ni fundación sin ánimo de lucro.

38. Ahora bien, conforme a las pruebas obrantes en el expediente, se tiene que el acuerdo acusado dispuso lo siguiente:

***“ACUERDO No. 016***

***(07 DIC 2021)***

***“POR EL CUAL SE AUTORIZA AL ALCALDE DEL MUNICIPIO DE DUITAMA, SUSCRIBIR CONTRATO DE COMODATO A FAVOR DE LA COPROPIEDAD HORIZONTAL CONJUNTO RESIDENCIAL SANTA LUCÍA”***

***ACUERDA:***

***ARTÍCULO PRIMERO:*** *Autorizar al Alcalde del Municipio de Duitama por el término de treinta (30) días hábiles, contados a partir de la publicación y sanción del presente Acuerdo, para que suscriba contrato de comodato o préstamo de uso con la Propiedad Horizontal Conjunto Residencial Santa Lucía, identificada con NIT 900.034.825-0 sobre el bien inmueble distinguido con el folio de matrícula inmobiliaria 074-16150 de propiedad del Municipio de Duitama denominado “Zona de Parqueadero”, y el cual se encuentra delimitado así:*

*Por el NORTE, con vía vehicular; por el ORIENTE, con avenida circunvalación; por el SUR, con predios de la Etapa II y por el OCCIDENTE, con zona comunal, para un área de 1.575 metros cuadrados (M2)*

***ARTÍCULO SEGUNDO:*** *El término del contrato de comodato será de tres (3) años. (…)”*

39. En las motivaciones del acuerdo acusado, se hizo alusión a la norma que el Departamento de Boyacá cita como vulnerada y se precisó que mediante Escritura Pública No. 1121 del 02 de diciembre de 1983, el Instituto de Crédito Territorial cedió a favor del Municipio de Duitama la zona de parqueadero de la Urbanización Santa Lucía.

40. Se mencionó, además, que de conformidad con las previsiones de la Ley 675 de 2001, la persona jurídica originada en la constitución de la propiedad horizontal es de naturaleza civil, sin ánimo de lucro y que la Administradora del Conjunto Residencial Santa Lucía, mediante escrito fechado el día 21 de octubre de 2021, solicitó al Alcalde Municipal prorrogar el Contrato de Comodato suscrito entre el Municipio de Duitama y la Propiedad Horizontal, sobre la zona de parqueaderos.

41. Al contestar la demanda, el Municipio de Duitama señala que el Acuerdo cuya invalidez se invoca goza de validez, como quiera que el Conjunto Residencial Santa Lucía PH constituye una persona jurídica asimilable a las definidas por el artículo 38 de la Ley 9ª de 1989 y en ese sentido, es procedente el negocio jurídico de comodato.

42. De acuerdo a lo anterior, en primer término debe precisar la Sala que tal como se expuso en precedencia, por regla general, el alcalde o jefe de la administración local tiene a su cargo la ordenación de los gastos municipales de acuerdo con el plan de inversión y el presupuesto y a su vez, los Concejos municipales tiene a cargo la función de autorizar al alcalde para celebrar contratos, en los casos en que expresamente se requiere autorización, esto es, en aquellos previstos en el Parágrafo del Art. 18 de la Ley 1551 de 2012, a saber: Contratación de empréstitos, Contratos que comprometan vigencias futuras, Enajenación y compraventa de bienes inmuebles, Enajenación de activos, acciones y cuotas partes, Concesiones y los demás que determine la ley.

43. En ese contexto, dirá la Sala es que el contrato de comodato no fue previsto expresamente en aquellos que requieren autorización del Concejo Municipal para que el alcalde pueda celebrarlo. Adicionalmente, de acuerdo con las disposiciones del Código Civil, en el contrato de comodato “*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*”, evento en el que el comodante conserva los derechos sobre la cosa prestada, pero no su ejercicio en cuanto fuere incompatible con el uso concedido al comodatario; así que el contrato de comodato se caracteriza por ser gratuito, real, principal, bilateral y quien entrega el bien no se desprende de la propiedad o dominio como quiera que sólo se confiere el derecho de servirse del bien con la obligación de restituirlo.

44. De acuerdo a lo anterior, se advierte que, de conformidad con la naturaleza y características, los contratos de comodato que recaigan sobre bienes muebles o inmuebles no transfieren la propiedad a su comodatario, lo que quiere decir que, el contrato de comodato sobre el cual recae el presente asunto no corresponde a una enajenación o compraventa de bienes inmuebles, acciones, cuotas partes o concesiones

y tampoco se encuentra dentro de aquellos para los cuales la Ley 136 de 1994 exige autorización previa del concejo municipal.

45. Sin perjuicio de lo anterior, es posible que este trámite deba agotarse en los municipios en los que así se haya dispuesto mediante acuerdo, situación que no fue planteada ni acreditada en el asunto de la referencia, pues el único cargo de invalidez se sustenta estrictamente en la vulneración del Art. 38 de la Ley 9 de 1989 y la defensa de la legalidad del acuerdo que realiza el Municipio de Duitama, se funda en la procedencia del contrato de comodato con persona jurídica que constituye el Conjunto Residencial Santa Lucía PH.

46. En consecuencia, la Sala debe precisar que el contrato de comodato no se encuentra enlistado de forma taxativa en el parágrafo 4º del Artículo 18 de la Ley 1551 de 2012, por tanto, dicho negocio jurídico no requiere autorización previa por parte del Concejo Municipal de Duitama para su celebración razón por la cual la Sala declarará la invalidez del Acuerdo No. 016 del 07 de diciembre de 2021 expedido por el Concejo Municipal de Duitama.

1. **DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ, SALA DE DECISIÓN No. 6, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

**FALLA**

**PRIMERO: DECLARAR** la invalidezdel Acuerdo No. 016 del 07 de diciembre de 2021 expedido por el Concejo Municipal de Duitama "*POR EL CUAL SE AUTORIZA AL ALCALDE DEL MUNICIPIO DE DUITAMA, SUSCRIBIR CONTRATO DE COMODATO A FAVOR DE LA COPROPIEDAD HORIZONTAL CONJUNTO RESIDENCIAL SANTA LUCIA*”*,* conforme a los argumentos expuestos en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO:** Comuníquese esta determinación al DEPARTAMENTO DE BOYACÁ, al Presidente del Concejo, al Alcalde y al Personero Municipal de Duitama.

**TERCERO:** En firme esta providencia procédase a su archivo dejando las anotaciones y constancias de rigor.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

Los Magistrados,

(Firmado electrónicamente en Samai)

**FELIX ALBERTO RODRIGUEZ RIVEROS**

Magistrado Ponente

(AUSENTE CON PERMISO)

**FABIO IVAN AFANADOR GARCIA**

**Magistrado**

(Firmado electrónicamente en Samai)

**LUIS ERNESTO ARCINIEGAS TRIANA**

**Magistrado**

1. Índice 1 SAMAI [↑](#footnote-ref-1)
2. Índice 5 SAMAI [↑](#footnote-ref-2)
3. Índice 13 SAMAI [↑](#footnote-ref-3)
4. Índice 2 SAMAI [↑](#footnote-ref-4)
5. Índice 15 SAMAI [↑](#footnote-ref-5)
6. Índice 21 SAMAI [↑](#footnote-ref-6)
7. Índice 27 SAMAI [↑](#footnote-ref-7)
8. Índice 34 SAMAI [↑](#footnote-ref-8)
9. En materia presupuestal, las normas legales orgánicas son de aplicación nacional y territorial, conforme lo establece el artículo 352 de la Constitución. [↑](#footnote-ref-9)
10. Art. 209 [↑](#footnote-ref-10)
11. Concepto 1889 de la Sala de Consulta y Servicio Civil de fecha 05 de junio de 2008. [↑](#footnote-ref-11)
12. A esta conclusión llegó este Tribunal en sentencia de 09 de diciembre de 2020, con ponencia del Magistrado FABIO IVAN AFANADOR GARCÍA dentro de proceso radicado No. 150012333000202000106-00. [↑](#footnote-ref-12)
13. CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA SUBSECCION A Consejero ponente: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA Bogotá, D.C., nueve (09) de abril de dos mil catorce (2014) Radicación número: 85001-23-31-000-2000-00178-01(23040) Actor: JUAN DONALDO GAMEZ CUBIDES Demandado: DEPARTAMENTO DE CASANARE Referencia: ACCION CONTRACTUAL [↑](#footnote-ref-13)