



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
SALA DE DECISIÓN No. 4

MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO

Tunja, **20 FEB.** 2018

ACCIONANTE:	DEPARTAMENTO DE BOYACÁ
ACCIONADO:	MUNICIPIO DE MONIQUIRÁ – Acuerdo No. 009 del 29 de agosto de 2017
REFERENCIA:	15001233300020170070500
ACCIÓN:	VALIDEZ DE ACUERDO MUNICIPAL
ASUNTO:	AUTORIZACIÓN PARA CELEBRAR CONTRATO DE COMODATO DE UN INMUEBLE PÚBLICO

Decide la Sala en única instancia la solicitud de invalidez del Acuerdo No. 009 del 29 de agosto de 2017, expedido por el CONCEJO MUNICIPAL DE MONIQUIRÁ, *“Por medio del cual se autoriza al Alcalde de Moniquirá Boyacá para celebrar un contrato de comodato o préstamo de uso de un inmueble”*.

I. ANTECEDENTES

1. DEMANDA

1.1. Petición de invalidez (f. 2)

El DEPARTAMENTO DE BOYACÁ solicitó que se declare la invalidez del Acuerdo No. 009 del 28 de agosto de 2017, expedido por el CONCEJO MUNICIPAL DE MONIQUIRÁ en ejercicio de las facultades contempladas en el artículo 305-10 de la Constitución Política, con fundamento en los artículos 345 Superior.

1.2. Fundamentos de derecho (ff. 2-4)

Aseveró que el acuerdo acusado viola ostensiblemente la norma contenida en el artículo 305 de la CP, así como la Ley 9 de 1989 y el artículo 2200 del Código Civil, toda vez que autoriza al Ejecutivo Municipal entregar en comodato un inmueble del municipio a una Empresa Constructora Unión Temporal Proyectar VIP Boyacá UT la cual no es una entidad pública, ni sindicato, cooperativa, asociación ni fundación sin ánimo, además que no es posible que el Alcalde entregue en comodato un inmueble a dicha entidad privada para que ésta pueda ejercer y adelantar las obras durante

un periodo sin determinar, el cual vencido deberá restituirlo, haciendo entrega del bien al municipio.

2. TRÁMITE PROCESAL

La demanda de invalidez del Acuerdo No. 009 del 28 de agosto de 2017, expedido por el CONCEJO MUNICIPAL DE MONIQUIRÁ – BOYACÁ (fl. 7-9) y sancionado por el Alcalde de dicho ente territorial (f. 6), fue admitida mediante auto del 11 de octubre 2017 (f. 29).

En virtud de lo anterior, la providencia fue notificada personalmente a las partes e intervinientes, y el proceso fue fijado en lista por el término de diez (10) días para dar cumplimiento a lo preceptuado en los artículos 121 del Decreto Ley 1333 de 1986 y 171-1 del CPACA.

3. INTERVENCIONES

3.1. Concejo Municipal

Expone como argumentos de defensa que el Municipio de Moniquirá suscribió con el Fondo Nacional de Vivienda FONVIVIENDA, el convenio interadministrativo 036 de 2016, cuyo objeto era la realización de un proyecto de vivienda a título de subsidio en especie para la población vulnerable.

Que en ejecución del convenio, le correspondió al FIDEICOMISO PVG II adelantar el proceso de selección del contratista, seleccionando para el efecto a la UNIÓN TEMPORAL PROYECTA VIP BOYACÁ UT.

Aseguró que dentro del convenio No. 036 de 2016 se dispusieron unas cláusulas tendientes a vigilar y custodiar el predio objeto del proyecto, y por tanto, se estableció que se debía suscribir el contrato de comodato precario, quedando como condición para la ejecución del proyecto de inversión, para que una vez construida la obra, se restituya el bien inmueble al municipio.

Que conforme con el Acuerdo Municipal 016 de 2016, el alcalde debía solicitar autorizar para suscribir el contrato de comodato, y por tanto, el Concejo Municipal procedió a emitir el acuerdo municipal (fl.37-52).

3.2. Municipio de Moniquirá

Expone que el acuerdo demandado, es legalmente válido, pues se fundamentó en el artículo 38 de la Ley 9 de 1989, en concordancia con los artículos 3 y 32 de la Ley 80 de 1993.

Que el comodato autorizado, lo fue en virtud a que el comodatario lo requiere para que pueda realizar las viviendas dentro de la administración del bien; aunado a que el comodato es sin ánimo de lucro y lo que se pretende es tener la administración y manejo del bien para realizar las 100 construcciones de vivienda gratuita, luego no se van a repartir utilidades.

Además, que en el acuerdo no es necesario un término para el comodato, pues en el contrato se fija el término, asegurándose que no se pase de 5 años.

Por último, asevera que por encima del comodato está el cumplimiento del convenio interadministrativo de cooperación No. 036 de 2016 celebrado entre Fonvivienda y el Municipio, y el contrato de comodato es una exigencia de este convenio (fl.77-87)

3.3. Concepto del Ministerio Público

Luego de recopilar los antecedentes del proceso y de establecer el marco normativo pertinente, indicó que el uso del inmueble de que trata el acuerdo demandado tiende al otorgamiento de vivienda gratuita a familias de escasos recursos del Municipio de Moniquirá en el marco de un convenio interadministrativo de cooperación, sin embargo, que como lo afirma la demanda, la naturaleza del contrato de comodato implica obligación de restitución del bien otorgado en comodato lo que no se evidencia en la cláusula segunda del acuerdo demandado, pero por sobre todo se otorga a una entidad de derecho privado que no reúne ninguna calidad de que habla el artículo 38 de la Ley 9 de 1989, siendo abiertamente prohibido según la jurisprudencia del Consejo de Estado, por lo que considera que las pretensiones deben prosperar (fl. 33-35)

II. CONSIDERACIONES

Transcurrido en legal forma el trámite de única instancia previsto para surtir esta clase de acciones y no existiendo causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a proferir decisión de fondo.

1. PROBLEMA JURÍDICO

El asunto se contrae a determinar si: *¿resulta contrario a derecho que el Concejo Municipal de MONQUIRÁ, mediante el Acuerdo No. 009 del 28 de agosto de 2017, autorice al Alcalde de la localidad para realizar contrato de comodato o préstamo de uso de un inmueble a una entidad de derecho privado y sin fijar término de restitución, para la ejecución de un proyecto de vivienda de interés social?*

2. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

2.1. Del contrato de comodato o préstamo de uso de bien inmueble público¹.

Dentro del ordenamiento jurídico Colombiano, el contrato de comodato o préstamo de uso está regulado en el artículo 2220 del Código Civil, de la siguiente manera:

"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...", contrato que "...no se perfecciona sino por la tradición de la cosa"

Sobre la naturaleza del contrato de comodato, características, obligaciones que se desprenden para el comodatario y para el comodante, la jurisprudencia se ha pronunciado en los siguientes términos²:

*"...Prevía descomposición de la regulación legal del comodato, la doctrina³ ha deducido las siguientes características: de real, unilateral, gratuito y principal; **real**: porque si no hay entrega del bien bajo cualquiera de las formas de tradición previstas en los artículos 754 y 756 del Código Civil no puede hablarse de comodato; **unilateral**: porque una vez se encuentre perfeccionado sólo surgen para el comodatario las obligaciones de conservación y uso del bien de acuerdo con el objeto convenido, y la obligación de restitución surge una vez finalizado el correspondiente plazo contractual; sólo en casos especiales surge para el comodante la obligación de indemnización y de pago de mejoras, que no alcanzan a modificar su unilateralidad; **gratuito** porque que el uso de la cosa se proporciona sin contraprestación alguna y, por último la característica de **principal** porque no necesita de otro acto jurídico para existir.*

¹ Tomado de CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO., quince (15) de agosto de dos mil siete (2007) Radicación número: 19001-23-31-000-2005-00993-01(AP)

² Tomado de CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO., quince (15) de agosto de dos mil siete (2007) Radicación número: 19001-23-31-000-2005-00993-01(AP); Ibidem.

³ Cita de la providencia transcrita: "JOSÉ ALEJANDRO BONIVENTO FERNÁNDEZ, los principales contratos civiles y su paralelo con los comerciales, décima segunda edición actualizada Ediciones Librería el Profesional, Capítulo VIII el comodato, págs. 539 y ss."

"Dentro de las obligaciones que adquiere el COMODATARIO, se encuentran, por definición legal, las de conservación de la cosa, de uso con sujeción a lo convenido y de restitución, en torno al bien dado en comodato..."

En otra oportunidad el Consejo de Estado, también precisó que:

*"...Entre las principales características que identifican el contrato de comodato, se encuentran las siguientes: i) es esencialmente gratuito, es decir que el uso y goce entregado al comodatario no tiene contraprestación, de lo contrario se convertiría en un contrato de arrendamiento; ii) es bilateral, puesto que celebrado surgen obligaciones tanto para el comodante quien debe permitir el uso de la cosa, como para el comodatario, a quien corresponde conservar, usar y restituir el bien al término del contrato; iii) es principal, porque existe por sí mismo sin que requiera de otro acto jurídico..."*⁴

Entonces, 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, negocio jurídico tipificado y disciplinado en la legislación civil en cuanto a sus elementos, efectos, derechos y obligaciones entre las partes y que tiene por características el ser real (art. 1500 C.C.), bilateral (art. 1496 C.C.), principal (art. 1499 C.C.), nominado, *intuitu personae*⁵ y esencialmente gratuito (art. 1497 C.C.) so pena de conversión en otro negocio jurídico.⁶

Ahora bien, para el estudio que se pretende en el *sub lite* vale la pena traer a colación lo que se ha sostenido sobre la función práctica y social que reporta para la administración pública la celebración de este tipo de contratos. Para el efecto, la Sala de Consulta y Servicio Civil, la ha ilustrado así:

"...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

⁴ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Sentencia de 4 de diciembre de 2006, Exp. 30232, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

⁵ "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 regió 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". BONIVENTO FERNÁNDEZ, José Alejandro, Los principales contratos civiles y su paralelo con los comerciales, Primera Edición, Librería Stella, 1973, pág. 317.

⁶ "Es gratuito. 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." BONIVENTO FERNÁNDEZ, José Alejandro, Ob. Cit. pág. 318.

programas de interés público desarrollados por personas naturales o jurídicas sin ánimo de lucro.

*"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..."*⁷ (Subraya la Sala).

Por su parte, el artículo 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:

"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".*⁸

Bajo el precepto normativo precitado, en concordancia con los artículos 3 y 32 de la Ley 80 de 1993, es viable que, en ejercicio de su autonomía y en cumplimiento de sus fines⁹, las entidades estatales celebren el contrato de comodato para el manejo de sus bienes inmuebles, respetando su naturaleza y bajo dos precisos límites a saber:

a) en relación con el sujeto, esto es, solo podrán hacerlo con otras entidades públicas o personas de derecho privado (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, o juntas de acción comunal, fondos de empleados y similares; y

⁷ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL, Concepto de 24 de julio de 2003, Rad. No.1.510, C.P. Susana Montes Echeverri.

⁸ La Corte Constitucional en Sentencia C-026 de 1993, declaró la exequibilidad del artículo 38 de la Ley 9 de 1989 y puntualizó que: "...No halla la Corte razón alguna para considerar que los contratos de comodato de inmuebles celebrados por entidades públicas, no puedan incluirse dentro de tal regulación, pues estos también están afectados con el problema del uso del suelo y el acceso a la tierra y quedan incluidos dentro del propósito fundamental de la ley, cual es, que su uso esté destinado a planes y programas de interés comunitario..."

⁹ La Ley 80 de 1993 permite que las entidades públicas tomen la decisión en relación con la escogencia de los tipos o modalidades de contrato que deben celebrar para lograr el cumplimiento de los fines y las funciones que le han sido encomendadas.

b) respecto del tiempo, por un término máximo de cinco (5) años, renovables.

3. CASO CONCRETO

Teniendo en cuenta que el cargo esgrimido en el escrito introductorio se refieren a la vulneración de la Ley 9 de 1989 y el artículo 2200 del Código Civil, como quiera que se autorizó al Alcalde Municipal a celebrar contrato de comodato con una entidad particular y sin determinación del término para retribución del inmueble, esta Corporación concreta que el acto acusado es el Acuerdo No. 009 de 2017 que reza:

"...ARTICULO PRIMERO: Autorizar al Alcalde del Municipio de Moniquirá, Boyacá para CELEBRAR CONTRATO DE COMODATO con UNIÓN TEMPORAL PROYECTAR VIP BOYACÁ UT, Unión Temporal, (...) sobre el bien en el que se va a ejecutar el "CONVENIO INTERADMINISTRATIVO DE COOPERACIÓN No. 036 de 2016, CELEBRADO ENTRE EL FONDO NACIONAL DE VIVIENDA- FONVIVIENDA Y EL MUNICIPIO DE MONIQUIRÁ BOYACA "PARA OTORGAR SUBSIDIOS EN ESPECIE A FAMILIAS DE ESCASOS RECURSOS EN EL MARCO DEL PROGRAMA DE VIVIENDA GRATUITA – SEGUNDA ETAPA".

ARTICULO SEGUNDO: El término de duración del comodato precario será hasta cuando se haya restituido la totalidad del inmueble entregado en comodato, o hasta cuando se termine el contrato de diseño y construcción, cualquiera que sea la causa que origine su terminación. La vigencia se podrá prorrogar de común acuerdo y por escrito siempre y cuando se argumenten las razones por las cuales se solicita y que las mismas sean aceptadas por el COMODANTE.

ARTICULO TERCERO: El Municipio de Moniquirá, tendrá la responsabilidad de elaborar el Contrato de Comodato autorizado en el presente acuerdo."

Ahora bien, lo que se extrae de la motivación del acuerdo acusado es que:

- El Municipio de Moniquirá suscribió con el Fondo Nacional de Vivienda, el convenio administrativo de cooperación No. 036 de 2016, con el fin de ejecutar un proyecto de vivienda de interés prioritario.

-.Que el Fondo Nacional de Vivienda, actúa a través del FIDEICOMISO PROGRAMA DE VIVIENDA GRATUITA II o FIDEICOMISO PVG II y este a través de la Fiduciaria Alianza SA, quien suscribió contrato de diseño y construcción del proyecto denominado Vivienda Interés prioritario con la UNIÓN TEMPORAL PROYECTAR VIP BOYACÁ UT en el Municipio de Moniquirá.

.- Que al ser el ejecutor del proyecto de vivienda, la UNIÓN TEMPORAL PROYECTA VIP BOYACÁ, subsiste el interés del comodato para garantizar que pueda ejercer y adelantar las obras en el inmueble del municipio, durante el tiempo del contrato de obra.

.- Que conforme con el Acuerdo No. 016 de 2016, se autoriza por la Corporación edilicia al Alcalde Municipal, para que pueda realizar el contrato de comodato sobre los bienes afectados por el programa de vivienda.

Al respecto, como se dijo en precedencia, el contrato de comodato conforme con la Ley 9 de 1986 y los artículos 3 y 32 de la Ley 80 de 1993 y la jurisprudencia que existe sobre el asunto, es una tipología contractual procedente para las entidades estatales en búsqueda del cumplimiento de los fines estatales, siempre y cuando el negocio jurídico se suscriba con otras entidades públicas o personas de derecho privado (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, o juntas de acción comunal, fondos de empleados y similares; y respecto del tiempo, que éste máximo sea de cinco (5) años, renovables.

En ese orden de ideas, esta Corporación observa que la autorización concedida al Alcalde Municipal de Moniquirá para que celebrará contrato de comodato, no cumple con los requisitos que contemplan las disposiciones que lo cobijan, habida cuenta que se suscribió con una UNIÓN TEMPORAL, siendo esta una persona de derecho privado; condicionado además, el término de restitución a la ejecución del contrato de obra o a la terminación del mismo, por lo que tampoco se estaría dando cumplimiento a una de las características previstas para dicho contrato, cual es ser **principal**, porque estaría necesitando de otro acto jurídico para existir.

Por último, vale la pena resaltar que el artículo 355 de la Constitución Política, dispuso que:

“ARTICULO 355. Ninguna de las ramas u órganos del poder público podrá decretar auxilios o donaciones en favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado.

El Gobierno, en los niveles nacional, departamental, distrital y municipal podrán, con recursos de los respectivos presupuestos, celebrar contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el Plan Nacional y los planes seccionales de Desarrollo. El Gobierno Nacional reglamentará la materia.”

FEDERAL BUREAU OF INVESTIGATION
OF BOYAL

Journal of Management Education 30(6)p. 789-804

[illegible]

7/1/59

SECRET

SECRET

27

2019



Este mandato constitucional establece, por una parte, la autorización para celebración de contratos con entidades sin ánimo de lucro, condición que se le reconoció a la Unión Temporal por parte de la entidad accionada, sin embargo ello no es cierto, por la potísima razón que aun cuando no recoge utilidad del uso y manejo del predio en comodato, la laborar u obra a ejecutar es producto de la suscripción de un contrato en el que sí se obtiene retribución económica; aunado a que el objeto de impulsar el programa de viviendas gratis en el Municipio de Moniquirá no fue suscrito directamente por la Unión Temporal, sino con FONVIVIENDA en contrato de apoyo o cooperación, razón por la cual, los argumentos de defensa no logran mantener la validez del acuerdo acusado.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión No. 4 del Tribunal Administrativo de Boyacá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO: DECLARAR la invalidez del Acuerdo No. 009 de 2017, expedido por el CONCEJO MUNICIPAL DE MONIQUIRÁ, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COMUNICAR la presente providencia al Departamento de Boyacá, al Alcalde Municipal, al Presidente del Concejo y al Personero Municipal de MONIQUIRÁ (Boyacá).

TERCERO: En firme esta providencia, **ARCHÍVESE** el expediente, dejando las anotaciones y constancias de rigor.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO
Magistrado


ÓSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO
Magistrado


FÉLIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS
Magistrado