

CONCEPTO 2638 DE 2018

(Enero 19)

<Fuente: Archivo interno entidad emisora>

SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA

Para: XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

De: Coordinador Grupo de Conceptos y consultas jurídicas.

Asunto: Pago en especie de canon de arrendamiento

Respetada Doctora XXXXX

De manera comedida procedemos a resolver la consulta allegada mediante comunicación electrónica de fecha 15 de enero de 2018, sin radicar, nos pronunciamos en el siguiente sentido:

ALCANCE DE LOS CONCEPTOS JURÍDICOS

Es pertinente señalar que los conceptos emitidos por la Dirección Jurídica del SENA son orientaciones de carácter general que no comprenden la solución directa de problemas específicos ni el análisis de actuaciones particulares. En cuanto a su alcance, no son de obligatorio cumplimiento o ejecución, ni tienen el carácter de fuente normativa y sólo pueden ser utilizados para facilitar la interpretación y aplicación de las normas jurídicas vigentes.

CONCEPTO JURÍDICO

a) ANTECEDENTES

Mediante correo electrónico del 15 de enero de 2018, fue puesto en nuestro conocimiento la siguiente consulta:

El Centro de Biotecnología Industrial realiza desde hace varios años contrato de arrendamiento para que se presten los servicios de restaurante y cafetería para aprendices y comunidad educativa. Para esta vigencia el Subdirector de Centro sugiere que se revise la posibilidad de incluir dentro del canon de arrendamiento, que éste sea pagado parte con el suministro de almuerzos para los aprendices. Es posible realizar contrato donde el pago se recibe parte en especie? De ser así existe formato de contrato que de claridad sobre el manejo de estos recursos y que quede evidenciado claramente la forma de pago.

- Se deja constancia que la consulta se resuelve sin recibir anexo adicional al mencionado y con la información suministrada.

b) ANÁLISIS JURÍDICO

En servicios de cafetería podemos identificar dos tipos de modelos contractuales comúnmente usados por la entidad, los cuales normalmente pueden caer en confusión por el uso del término Cafetería. Por un lado encontramos el servicio de aseo y cafetería, el cual es usualmente contratado para proveer a los funcionarios y contratistas servicios básicos de cafetería y el servicio de aseo a las sedes de la entidad; y, paralelo a ello encontramos el arrendamiento de los espacios destinados a la venta de servicios y productos de cafetería de los cuales dispone la entidad. Siendo éstos dos regímenes distintos procedemos a pronunciarnos sobre cada uno de

estos.

ARREDAMIENTO DE ESPACIOS DE CAFETERIA

El contrato de arrendamiento se entiende como un contrato no regulado en el Estatuto General de Contratación de la Administración pública y en consecuencia es necesario acudir a lo dispuesto en la normativa del derecho civil, tal como bien se desarrolló en el concepto emitido por esta coordinación el pasado 1 de marzo de 2016, en el cual se indicó:

El artículo [13](#) de la Ley 80 de 1993, establece que los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo [2o](#) se regirán por las disposiciones civiles y comerciales, pertinentes salvo, en las materias particulares reguladas en esta Ley; y no encontrándose dentro de tal regulación el contrato de arrendamiento, se le aplican las normas de los Códigos Civil y de Comercio.

Es así que el contrato de arrendamiento está definido por el Código Civil en el Art. [1973](#) así: El arrendamiento es un contrato en que las dos partes se obligan recíprocamente, la una a conceder el goce de una cosa, o a ejecutar una obra o prestar un servicio, y la otra a pagar por este goce, obra o servicio un precio determinado.”

De la precitada definición se deduce que son elementos esenciales del contrato de arrendamiento de bienes los siguientes: - La concesión del goce o uso de un bien - El precio que se paga por el uso o goce del bien - El consentimiento de las partes. Del contrato de arrendamiento surge para el arrendador la obligación de entregar el bien y permitir el uso y goce del mismo al arrendatario; para éste surge la obligación de pagar el precio correspondiente al canon por la tenencia del bien, conservarlo conforme al destino del mismo y restituirlo en la oportunidad convenida (arts. [1982ss](#) y [1996ss](#) C.C)

Al respecto, la sentencia del Consejo de Estado Radicación número: 2500232600019950070401 (21.699) del 30 de abril de 2012, sobre los elementos esenciales y características del contrato de arrendamiento, señalo:

En las voces del artículo [1973](#) del Código Civil "[el] arrendamiento es un contrato en que las dos partes se obligan recíprocamente, la una a conceder el goce de una cosa [arrendador], o a ejecutar una obra o prestar un servicio, y la otra a pagar por este goce, obra o servicio un precio determinado [arrendatario]".

De esta definición legal, la jurisprudencia ha señalado los siguientes elementos esenciales y características del contrato de arrendamiento:

"-. La concesión del goce o uso de un bien -. El precio que se paga por el uso o goce del bien.-El consentimiento de las partes. Del contrato de arrendamiento surge para el arrendador la obligación de entregar el bien y permitir el uso y goce del mismo al arrendatario; para éste surge la obligación de pagar el precio correspondiente al canon por la tenencia del bien, conservarlo conforme al destino del mismo y restituirlo en la oportunidad convenida. Son características del contrato de arrendamiento ser un negocio jurídico bilateral, porque se celebra entre dos sujetos de derecho; oneroso, porque el precio es uno de sus elementos esenciales en cuya ausencia el contrato se torna en comodato; conmutativo, porque es fuente de obligaciones a cargo los dos sujetos contractuales, y de tracto sucesivo, porque es de ejecución periódica, continuada, distribuida en el tiempo ´en el cual las fases individuales de las prestaciones se pueden realizar con vencimiento fijo`..."

Para la doctrina "...el arrendamiento es el contrato en virtud del cual una de las partes se obliga a proporcionarle a la otra el uso y goce de una cosa, durante cierto tiempo, y ésta a pagar, como contraprestación, un precio determinado..."¹⁹-Subraya la Sala-, figura en la cual se tipifican, sin duda, los contratos que se analizan, según se desprende del clausulado relacionado con el objeto y las obligaciones que fueron arriba expuestas.

De ahí que es obligación del arrendador entregar el bien al arrendatario, mantenerlo en estado de servir para el fin a que ha sido arrendado y librarlo de toda turbación o embarazo en el goce de la cosa arrendada (art. [1982](#) del C.C.); y dentro de las obligaciones que emanan del contrato para el arrendatario, se encuentran las de usar la cosa según los términos o el espíritu del contrato (art. [1996](#) del C.C.); velar por la conservación de la cosa arrendada (art. art. [1997](#) ibídem); realizar las reparaciones locativas (art. [1998](#) ejusdem); pagar el precio o renta convenido (arts. [2000](#) y ss. ídem); y restituir la cosa a la terminación del contrato (art. [2005](#) y ss. C.C.).(Cursiva fuera de texto).

De igual manera, la sentencia precitada sobre la prohibición de arrendar bienes por parte de las entidades públicas, en el punto 6.2 de las consideraciones de la sala nos dice

"... La naturaleza jurídica del inmueble objeto del contrato de arrendamiento... Como puede apreciarse, dependiendo de la naturaleza jurídica del inmueble objeto del contrato materia de este proceso, se predica respecto del mismo unas características que inciden en la posibilidad de negociación o entrega a cualquier título en el tráfico jurídico; si es un bien de uso público, no es jurídicamente viable que sea entregado para el uso y goce exclusivo de un particular, so pena de transgredir el orden jurídico imperativo al transferir u otorgar derechos con esa proyección y connotación sobre un bien de disfrute colectivo; en cambio, si su naturaleza es fiscal es posible sobre el mismo un acto de disposición jurídica con el aludido alcance (vender, arrendar, permutar, etc.), siempre y cuando se cumplan las normas legales que regulan esa actividad. (negrilla fuera de texto). // La Sala concluye que el inmueble que constituye el objeto del arrendamiento, en el caso concreto, es un bien de uso público, toda vez que, por tratarse de una porción de terreno afectado a un parque público, esto el Simón Bolívar, está definido como tal en la normatividad vigente; su uso y goce, por consiguiente, pertenecen a la comunidad en general y está sometido a reglas constitucionales, legales y reglamentarias para su uso y administración".

De conformidad con lo expuesto, no es que esté prohibida la celebración de contratos de arrendamiento de sus bienes por parte de las entidades públicas, lo importante es aclarar que se trate de bienes fiscales y no de uso público

Así las cosas, bajo esta modalidad contractual, el SENA da el uso y goce de un espacio que comprende bien fiscal a un particular, el cual se ve obligado a desarrollar allí actividades de cafetería, es decir la venta de productos de cafetería a los usuarios, empleados, visitantes, contratistas, entre otros.

En este orden de ideas, se entra a analizar la regulación del precio en el contrato de arrendamiento.

DEL PRECIO EN EL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO

El precio es uno de los elementos esenciales del contrato de arrendamiento, en la medida que de acuerdo con el código civil, el mencionado contrato se define como un acuerdo en el que "las dos partes se obligan recíprocamente, la una a conceder el goce de una cosa, o a ejecutar una obra o prestar un servicio, y la otra a pagar por este goce, obra o servicio un precio determinado"^[1]

Puntualmente, respecto al precio de arrendamiento de cosas –entiéndase bienes muebles o inmuebles- el artículo [1975](#) estableció que éste puede consistir “ya sea en dinero; ya sea en frutos de la cosa arrendada^[2]”, de manera que limito el precio solo a una de estas dos opciones. De manera que dentro del régimen jurídico del contrato de arrendamiento no es viable que el canon sea cancelado en especie, diferente a los frutos de la cosa arrendada.

ATIPICIDAD DEL CONTRATO – AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

No obstante lo estudiado hasta ahora, se pone de presente que las entidades estatales también cuenta con autonomía de voluntad en la estructuración de acuerdos contractuales de conformidad con el artículo [40](#) de la Ley 80 de 1993, de acuerdo con el cual, las entidades podrán celebrar todo tipo de contratos permitidos en la ley y la autonomía de la voluntad que se requieran para el cumplimiento de los fines estatales, para lo cual, es de resaltar que el artículo [13](#) de la misma, dispone que a los contratos estatales se aplicarán las reglas establecidas en la Ley [80](#) de 1993 y a falta de regulación en ésta, las disposiciones comerciales y civiles.

Siendo así, el artículo [40](#) de Ley 80 de 1993, dispone:

Artículo [40](#)o.- Del Contenido del Contrato Estatal. Las estipulaciones de los contratos serán las que de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta Ley, correspondan a su esencia y naturaleza.

Las entidades podrán celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales.

En los contratos que celebren las entidades estatales podrán incluirse las modalidades, condiciones y, en general, las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de esta Ley y a los de la buena administración.

En los contratos de empréstito o cualquier otra forma de financiación de organismos multilaterales, podrán incluirse las previsiones y particularidades contempladas en los reglamentos de tales entidades, que no sean contrarias a la Constitución o a la ley. (...) “(Negrita fuera de texto original)

En efecto, las entidades estatales podrán celebrar todos los contratos a que se refiere el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales o los derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad^[3] y podrán incluirse las modalidades, condiciones, y en general, las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de esta Ley y a los de la buena administración^[4]

En este orden de ideas las entidades pueden estructurar todo tipo de acuerdos contractuales siempre y cuando no sean contrarios a la norma.

En cuando a la consulta en estudio, nos permitimos indicar que al ser el precio regulado un elemento de la esencia del contrato de arrendamiento, al ser pactado en forma distinta a la regulada en el artículo del Código Civil citado con anterioridad, ello implicaría que el contrato deviene en un contrato diferente no regulado. Es decir si se pacta dentro de un contrato la transferencia del uso temporal de un bien a cambio del pago parcial en especie, no se trataría de

un contrato de arrendamiento sino de un contrato atípico^[5] en todo caso viable jurídicamente.

CONSULTA

En cuanto a su consulta nos permitimos indicarle, que en razón al principio de autonomía de la voluntad la entidad tiene la potestad de realizar toda clase de acuerdos contractuales siempre y cuando no sean contrarios a la ley, en este orden de ideas es posible celebrar un contrato en el cual se transfiera el uso temporal de un bien a cambio del pago parcial en especie, sin embargo no se trataría de un contrato de arrendamiento sino de un contrato atípico^[6] en todo caso viable jurídicamente. Para lo anterior se procederá a elaborar la respectiva minuta donde se contemple claramente dichos eventos; con sus respectivas obligaciones.

El presente concepto se rinde de conformidad con el alcance dispuesto en el artículo [28](#) del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, incorporado por la Ley [1755](#) de 2015. Lo anterior no sin advertir, que el mismo se encuentra sujeto a las modificaciones legales y jurisprudenciales que se expidan y acojan dentro del asunto.

Cordialmente,

CARLOS EMILIO BURBANO BARRERA

Coordinador

Grupo de Conceptos Jurídicos y Producción Normativa
Dirección Jurídica - Dirección General

NOTAS AL FINAL

1. Código Civil. Artículo [1973](#)

2. ARTÍCULO [1975](#). PRECIOS DEL ARRENDAMIENTO. El precio puede consistir ya en dinero; ya en frutos naturales de la cosa arrendada; y en este segundo caso puede fijarse una cantidad determinada o una cuota de los frutos de cada cosecha.

Llamase renta cuando se paga periódica

3. Congreso de la Republica, Ley 80 de 1993, Artículo [32](#).

4. Contraloría General de la Republica, Concepto jurídico 80112- EE33529. Contrato de prestación de servicios – honorarios fijados por cuota Litis. 12 de mayo de 2011.

5. Un contrato atípico hace referencia aquellos que no se encuentran regulados dentro del ordenamiento jurídico. Contrario a ello, sería típico entonces un contrato que se encuentra regulado, por ejemplo el contrato de venta. Al respecto nos permitimos citar al Dr. Diez Picazo (1983), quién indica que es típicos aquel contrato “para el cual existe en la ley una disciplina normativa”, y en palabras de los Doctrinantes Chulia & Alandente (1999), son contratos atípicos “los no regulados legalmente aunque ésta los menciona reconociendo simplemente su existencia en la realidad social”

6. Un contrato atípico hace referencia aquellos que no se encuentran regulados dentro del ordenamiento jurídico. Contrario a ello, sería típico entonces un contrato que se encuentra regulado, por ejemplo el contrato de venta. Al respecto nos permitimos citar al Dr. Diez Picazo (1983), quién indica que es típicos aquel contrato “para el cual existe en la ley una disciplina

normativa”, y en palabras de los Doctrinantes Chulia & Alandente (1999), son contratos atípicos “los no regulados legalmente aunque ésta los menciona reconociendo simplemente su existencia en la realidad social”



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.

Normograma del Sena

ISSN Pendiente

Última actualización: 20 de abril de 2024 - (Diario Oficial No. 52.716 - 3 de abril de 2024)

