

CONCEPTO 167858 DE 2013

(Septiembre 25)

<Fuente: Archivo interno entidad emisora>

SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE

Bogotá D.C

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

Asunto: Proceso de selección para celebrar contrato de arrendamiento

Mediante radicado No. 8-2013-041831 del 15 de agosto de 2013, recibimos su consulta, en la que solicita el procedimiento a seguir para celebrar contrato de arrendamiento de un espacio donde funciona la Cafetería del Centro de Operación y Mantenimiento Minero.

Previo al pronunciamiento es oportuno citar las normas que regulan la materia (bienes fiscales) así:

El artículo [63](#) de la Constitución Política señala:

"(...) 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(...)"

Por su parte el artículo [674](#) del Código Civil prescribe que:

"(...) Se llaman bienes de la Unión aquéllos cuyo dominio pertenece a la República.

Si además su uso pertenece a todos los habitantes de un territorio, como el de calles, plazas, puentes y caminos, se llaman bienes de la Unión de uso público o bienes públicos del territorio.

Los bienes de la Unión cuyo uso no pertenece generalmente a los habitantes, se llaman bienes de la Unión o bienes fiscales (...)" (Negrilla fuera de texto)

Ahora bien, el [Código Civil](#) regula el contrato de arrendamiento, el precio y su determinación, y el arrendamiento de bienes públicos, así:

"(...) Artículo [1973](#): 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.

Artículo [1974](#): Cosas objeto de arrendamiento. Son susceptibles de arrendamiento todas las cosas corporales o incorpóreas, que pueden usarse sin consumirse; excepto aquellas que la ley prohíbe arrendar, y los derechos estrictamente personales, como los de habitación y uso.

Puede arrendarse aún la cosa ajena, y el arrendatario de buena fe tendrá acción de saneamiento contra el arrendador, en caso de evicción.

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 periódicamente.

Artículo [1976](#): Sobre la determinación del precio: El precio podrá determinarse de los mismos modos que en el contrato de venta.

Artículo [1981](#): Arrendamiento de bienes públicos: Los arrendamientos de bienes de la Unión, o de establecimientos públicos de ésta, se sujetarán a las disposiciones del presente capítulo, salvo lo estatuido en los códigos o en las leyes especiales (...)"

Asimismo, el artículo [32](#) de la Ley 80 de 1993 señala:

"(...) Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad"

Sobre el particular cabe señalar lo preceptuado en el Título VI "De la administración de los bienes "artículo [36](#) de la Resolución 770 de 2001:

Artículo 36°: Delegar en los Subdirectores Administrativos y Financieros de las Regionales, los Directores seccionales y Jefes de Centros, la función de autorizar mediante resolución motivada, el uso temporal de sitios (kioscos, casetas, locales, etc.), ubicados en las instalaciones del SENA, dispuestos para la prestación del servicio de cafetería o expendio de comestibles y servicios de fotocopiado a los alumnos y servidores públicos del SENA.

Artículo 37°: En las Regionales, Seccionales y Centros, se organizará un comité de cafetería y servicios, encargado de velar por el funcionamiento, óptima calidad del servicio y fijación de precios, así como de emitir concepto en cuanto a solicitudes de las respectivas autorizaciones, sanciones a imponer a las personas autorizadas, revocación de las autorizaciones expedidas y en fin todos los casos que requieran de su intervención.

PARÁGRAFO: Corresponde a los Subdirectores Administrativos y Financieros de las Regionales, a los Directores Seccionales y a los Jefes de Centro, según el caso, determinar la organización del respectivo comité, previendo su integración, funcionamiento y atribuciones, así como el valor a cobrar por la autorización de uso.

La Honorable Corte Constitucional en la Sentencia C-183 de 2003 señaló:

"(...) Los bienes fiscales o patrimoniales se encuentran destinados a la prestación de servicios públicos que la administración utiliza de forma inmediata, como por ejemplo los edificios en que funcionan las oficinas públicas (...)" Negrilla fuera de texto.

Igualmente, en la Sentencia C-383 de 2000 indicó que:

"(...) Ambas clases de bienes estatales forman parte del mismo patrimonio y sólo tienen algunas diferencias de régimen legal, en razón del distinto modo de utilización. Pero, a la postre, por ser bienes de la hacienda pública, tienen un régimen de derecho público, aunque tengan modos especiales de administración. El Código Fiscal, Ley 110 de 1912, establece precisamente el régimen de derecho público para la administración de los bienes fiscales nacionales. Régimen especial, separado y autónomo de la reglamentación del dominio privado. No se ve, por eso, por qué están unos amparados con el privilegio estatal de la imprescriptibilidad y los otros no, siendo unos mismos su dueño e igual su destinación final, que es el del servicio de los habitantes del

país. Su afectación, así no sea inmediata sino potencial, al servicio público, debe excluirlos de la acción de pertenencia, para hacer prevalecer el interés público o social sobre el particular (...)"

Por otra parte, el Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo (Radicación número: 25000-23-26-000-1995-1371-01(16245) señaló:

"(...) A pesar de la existencia de alguna similitud entre los bienes de uso público y los fiscales o patrimoniales, como, por ejemplo, su afectación al desarrollo de los principios y fines del Estado, se destacan dos características que los diferencian: la forma como se ejerce el dominio y la utilización por parte de la comunidad. Con relación al dominio, en los bienes de uso público el Estado protege, vigila y reglamenta su uso y no pueden constituirse sobre ellos actos jurídicos que impliquen la limitación a su uso y disfrute por parte de los ciudadanos, como su venta o arrendamiento.

Por el contrario, con los bienes patrimoniales o fiscales, el Estado tiene una propiedad similar a la que ostentan los particulares, es decir, cuenta con todas las características de un derecho real: su titular puede usar la cosa, percibir sus frutos y disponer de la misma. Respecto a la utilización o al uso por parte de la comunidad, los bienes de uso público cuentan con una destinación común, su finalidad principal es que los ciudadanos puedan usarlos, en tanto los bienes conserven esa calidad. La utilización de los bienes fiscales es generalmente excluyente y no involucra a la comunidad. En ellos, el Estado procura el desarrollo de sus funciones y la prestación de los servicios públicos (oficinas públicas, instalaciones militares, juzgados, cárceles, etc.). A pesar de ser reservados o excluyentes, en ocasiones su finalidad puede significar a que la comunidad los utilice, sin que ello implique una mutación en su naturaleza de bien fiscal (...)"

Así mismo el Consejo de Estado en la sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Cuarta, Consejera ponente: Ligia López Díaz, radicación número: 25000-23-24-000-2002-01503-01(AP-01503) señaló:

"(...) Las características de los bienes de uso público, son

El titular del derecho de dominio es el Estado, representado por las respectivas entidades públicas que ejercen facultades especiales de administración, protección, control y de policía.

Se encuentran determinados por la Constitución o por la ley.

Son bienes de dominio público que se caracterizan por su afectación a una finalidad pública, porque su uso y goce pertenecen a la comunidad, por motivos de interés general.

Están sujetos a un régimen jurídico en virtud del cual gozan de privilegios tales como la inalienabilidad, inembargabilidad e imprescriptibilidad, que los colocan por fuera del comercio (...)"

Sobre este particular ha dicho la Corte Suprema de Justicia (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de abril 30 de 1970):

"La definición que del contrato de arrendamiento trae el art. 1973 ibídem indica que son de su esencia, de un lado, una cosa, cuyo uso o goce concede una de las partes a la otra o la prestación de un servicio o la ejecución de una obra, y del otro, el precio que se debe pagar por ese goce, obra o servicio. En el primer caso,... la concesión del goce o uso de la cosa y el precio que por ella se paga, amén del consentimiento de las partes que lo celebran, como es obvio, son

elementos esenciales del contrato de arrendamiento de cosas.

"Así el pago de un precio por una de las partes a la otra, sin que quien lo hace reciba contraprestación alguna, convertiría el acto jurídico en una donación, por ejemplo, pero en ningún caso podría configurar un contrato bilateral, conmutativo, temporal, de ejecución sucesiva y oneroso como lo es el de arrendamiento. A su turno, la concesión del uso o goce de una cosa sin contraprestación económica, estructuraría un contrato no ya de arrendamiento sino un típico comodato o préstamo de uso."^{i]ii]}(subrayas fuera del texto).

De igual forma y frente al segundo interrogante relacionado con los mecanismos de cobertura del riesgo, el artículo 5.1.8° del Decreto 734 de 2012, ha establecido que las garantías no serán obligatorias en los siguientes casos:

- a- Contratos de empréstito
- b- Contratos interadministrativos
- c- Contratos de seguro
- d- Contratos cuyo valor sea inferior al 10% de la menor cuantía
- e- Contratación directa

La citada norma señala expresamente "...la entidad estatal podrá abstenerse de exigir garantía de cumplimiento para los contratos celebrados bajo la modalidad de contratación directa salvo que en el estudio previo correspondiente se haya establecido la conveniencia de exigirla atendiendo la naturaleza y cuantía del contrato respectivo" lo anterior en concordancia con el artículo 3.4.1.1.° parágrafo 3° del mismo decreto.

Conclusiones

Teniendo en cuenta la normatividad transcrita, el artículo [1973](#) del Código Civil define el contrato de arrendamiento como aquel 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. Igualmente, en el artículo [674](#) define los bienes de la Unión como aquellos cuyo uso no pertenece generalmente a los habitantes, y que también se llaman bienes de la Unión o bienes fiscales. Por su parte, el artículo 1981 ídem permite el arrendamiento de bienes de la Unión, o de establecimientos públicos de ésta, y señala que se sujetarán a las disposiciones del mismo Código, salvo lo estatuido en los códigos o en las leyes especiales.

Ahora bien, el artículo [1501](#) ibídem enuncia los elementos del contrato, dentro de los cuales se hallan los elementos esenciales, naturales y accidentales. Los elementos esenciales son aquellos sin los cuales el contrato no produciría efecto alguno, o degeneraría en otro diferente; los naturales son los que no siendo esenciales, se entiende pertenecerle sin necesidad de una cláusula especial; y los accidentales son aquellos que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales.

De esta forma, son de la esencia del contrato de arrendamiento, de un lado la cosa y de otro lado el precio, en relación con el precio como elemento esencial del arrendamiento debe consistir en dinero o en frutos naturales de la cosa arrendada, estar determinado o ser determinable, real y serio, y para el caso estar debidamente estructurado.

Así las cosas, y teniendo en cuenta la normatividad transcrita, el mecanismo idóneo para legalizar el uso de las áreas que usted cita en la consulta, sería la suscripción de un contrato de arrendamiento, el cual debe contener como mínimo sus elementos esenciales, verbigracia el acuerdo de voluntades sobre la cosa y el precio, ya que de no percibir contraprestación alguna por la entrega del área a usufructuar degeneraría en un contrato de comodato o préstamo de uso.

Aunado a lo anterior, es conveniente recordar que el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, no define el contrato de arrendamiento, no obstante en el literal i) del numeral 4º del artículo 2º de la Ley 1150 de 2007 sobre las modalidades de selección del contratista incluye dentro de las causales de contratación directa la celebración del arrendamiento o adquisición de inmuebles. En desarrollo de dicha causal se habilita esta modalidad de selección, tanto cuando la entidad estatal es arrendataria como cuando funge como arrendadora, teniendo en cuenta que el legislador no ha hecho ninguna distinción sobre el particular, en concordancia con el inciso tercero del artículo 3.4.2.6.1 del Decreto 734 de 2012.

Mediante concepto No. 201266300042032 el Departamento Nacional de Planeación señaló en relación a la modalidad de contratación directa para arrendamiento así:

“(…) 3. Arrendamiento

El artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, establece dentro de las modalidades de selección para la escogencia del contratista la licitación pública, la selección abreviada, el concurso de méritos, la mínima cuantía y la contratación directa.

Por su parte, el literal (i) del numeral 4 de la disposición mencionada, establece como causal para proceder a seleccionar el contratista de forma directa, el arrendamiento de inmuebles.

Dicho lo anterior, cabe señalar que “la contratación directa es un mecanismo de selección de carácter excepcional, en virtud del cual las entidades públicas en los casos expresa y taxativamente previstos en la ley [...], pueden celebrar contratos sin necesidad de realizar previamente un proceso de licitación pública, [selección abreviada, o concurso de méritos]” 3 Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 3 de diciembre de 2007. Expedientes 24.715 y otros. Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio

El literal (i) del numeral 4 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 establece:

“4. Contratación directa. La modalidad de selección de contratación directa, solamente procederá en los siguientes casos:

(…)

i.El arrendamiento o adquisición de inmuebles”

Así mismo, es importante tener en cuenta que de conformidad con el artículo 13 de la Ley 80 de 1993, se establece que los temas no regulados por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, se registrarán por las disposiciones civiles y comerciales pertinentes. Al respecto, la norma mencionada dispone:

Artículo 13.- De la Normatividad Aplicable a los Contratos Estatales. Los contratos que celebren las

entidades a que se refiere el artículo 2 del presente estatuto se registrarán por las disposiciones

comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta Ley.

(...)

Por consiguiente, se debe seguir las disposiciones civiles y comerciales que regulan la materia, como por ejemplo la Ley 820 de 2003 en materia de arrendamiento de vivienda urbana y las normas comerciales en el arrendamiento de locales, en lo que expresamente no esté regulado por Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”

Así mismo, el artículo [32](#) de la Ley 80 de 1993 define que son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el citado estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, y el artículo 13 ídem dispone que los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2° del estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta Ley.

De otra parte y en relación a las garantías exigidas al contratista, si en el estudio previo se justificó la necesidad de exigir las en virtud de la naturaleza y cuantía de la contratación, el contratista debe dar cumplimiento a esta obligación, ya que de las normas anteriormente referidas se colige que será potestativo de la entidad su exigencia para los contratos y modalidades de selección allí enunciados, teniendo en cuenta que la norma en comentario no lo establece como prohibición. Por lo tanto el contratista podrá acudir a los diversos mecanismos de cobertura del riesgo de conformidad con lo preceptuado en el artículo 5.1.3.º del Decreto 734 de 2012.

Cordialmente,

MARTHA BIBIANA LOZANO MEDINA

Coordinadora Grupo de Conceptos y Producción Normativa



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)

