



Radicado No: 20211100039471

Fecha: 12-11-2021

Bogotá,
110

Doctor:

JOSE FERNANDO CAMARGO BELTRAN

Secretario de Contratación

Gobernación de Boyacá

Calle 20 No. 9-90 Tunja

teps242@yahoo.es

despacho.contratacion@boyaca.gov.co

Referencia: Concepto 110.083.2021
 SIA-ATC. 012021000755

Doctor Camargo,

La Auditoría General de la República recibió su requerimiento contenido en correo electrónico del 28 de septiembre de 2021, radicado con el No. 20212330016472 del 28 de septiembre de 2021 y bajo el SIA-ATC. 012021000755 en el cual se expuso:

“Por parte de la Gobernación de Boyacá, ante el Hallazgo Administrativo realizado por parte de la Contraloría General de Boyacá en revisión de la cuenta, especialmente en el reporte de valor CERO debido a la naturaleza propia del contrato de comodato de ser el préstamo de uso en que se entrega gratuitamente una especie mueble o raíz, para que la otra parte haga uso de ella y con cargo a restituirla la misma especie mueble o raíz, para que la otra parte haga uso de ella y con cargo a restituirla la misma especie después de terminar su uso; donde el ente de control dictaminó que el hecho de haber reportado el valor del contrato en CERO era una inconsistencia ya que se tenía que dar un valor al mismo.

Por ello y con el fin de dar cumplimiento al Plan de mejoramiento presentado por la entidad se tomó la decisión de solicitar ante la Auditoría General de la República concepto referente a”

De acuerdo con lo cual, se formuló la siguiente consulta:

1. *Con respecto de las condiciones que se deben pactar en un contrato de comodato, para que se pueda determinar a qué entidad le deberá corresponder el registro del bien en sus estados financieros-inventarios?*
2. *En el reporte que se realice en rendición de cuenta es viable darle un valor al contrato de comodato, en caso de ser así como se determina dicho valor?”*

Antes de proceder a dar respuesta a lo planteado debemos indicar que, teniendo en cuenta las funciones constitucionales y legales asignadas a la Auditoría General de la República, no puede este ente de control tener injerencia en la toma de decisiones que sean de competencia de las entidades vigiladas (contralorías y fondos de bienestar social de las mismas) o de sus sujetos de vigilancia, dado que no le es posible coadministrar o ser juez y parte. Por tanto, nos abstenemos de emitir conceptos sobre asuntos o situaciones individuales o concretas que puedan llegar a ser sometidos a vigilancia, por lo cual, se abordará el tema de manera general y abstracta.

Este Despacho para brindar elementos de juicio que contribuyan al debate académico y permitan al consultante dilucidar la problemática planteada, traerá a colación las normas, jurisprudencia y doctrina referentes que se encuentra al alcance de todos, exponiendo algunas consideraciones jurídicas, para así emitir concepto de manera general y abstracta.

Respecto a la función de la AGR, el sentido, alcance, delimitación y competencia del ejercicio del control fiscal, la Corte Constitucional se pronunció, entre otras, en la Sentencia C-1176 de 2004, señalando:

Por disposición constitucional, la vigilancia de la gestión fiscal de la Contraloría General de la República le corresponde a la Auditoría, sin que por tal circunstancia, ésta pueda convertirse en ente superior de aquella en cuanto al direccionamiento de la vigilancia y control fiscal, pues la atribución constitucional conferida a la Auditoría solo se restringe a la vigilancia de la gestión fiscal de la Contraloría General, según así lo precisa la propia Constitución (...). (Negrilla fuera de texto).

Así mismo, le indicamos que de conformidad con el numeral 3 del artículo 18 del Decreto-Ley 272 de 2000 «Por el cual se determina la organización y funcionamiento de la Auditoría General de la República», es función de la Oficina Jurídica «Emitir los conceptos jurídicos sobre temas de control fiscal y administrativos que le sean solicitados por el Auditor General o los requeridos por las demás dependencias del organismo», los cuales abordan los temas de manera general y abstracta, sin que tengan el carácter de fuente normativa, buscando solamente orientar y facilitar la aplicación normativa jurídica, más no la solución directa al problema jurídico planteado, por lo tanto, no son de obligatorio cumplimiento o ejecución.

Se procede a dar respuesta a la consulta descrita así:

1. **Con respecto de las condiciones que se deben pactar en un contrato de comodato, para que se pueda determinar a qué entidad le deberá corresponder el registro del bien en sus estados financieros-inventarios?**

De acuerdo con el artículo 13 de la Ley 80 de 1993 “Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública” los contratos que celebren las entidades estatales

indicadas por el mismo estatuto, se regirán por la ley comercial y civil en lo no regulado particularmente por aquel.

El artículo 32 del mismo Estatuto señala lo siguiente respecto de los contratos estatales:

“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, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación”

El artículo 2200 del Código Civil define el contrato de comodato así:

“Artículo 2200. El comodato o préstamo de uso es un contrato en que la una de las partes entrega a la otra gratuitamente una especie mueble o raíz, para que haga uso de ella, y con cargo de restituir la misma especie después de terminar el uso.

Este contrato no se perfecciona sino por la tradición de la cosa.”

En este sentido, el comodante solo transfiere el uso y goce al comodatario para lo expresamente pactado en el objeto del comodato y no su derecho de propiedad sobre el bien, es decir, no se transfiere la disposición.

“Artículo 2201. 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.”

Artículo 2202. 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.”

La Ley 9 de 1989 determina que las entidades públicas solo podrán dar en comodato inmuebles a otras entidades públicas y a los sujetos de derecho privado mencionados a continuación:

“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.”

La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en Concepto de radicado No. 1.510 del 24 de Julio de 2003 frente al comodato celebrado entre entidades públicas indicó:

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

(...)

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

Igualmente la Corporación en el mismo concepto hace referencia a lo siguiente:

“Los recursos que se derivan por la transferencia del uso y goce del bien inmueble a una persona jurídica de derecho privado, en los términos del artículo 38 de la ley 9 de 1989, no ingresan al Tesoro Público; no son susceptibles de ser incorporados al presupuesto como ingresos ordinarios o corrientes y no forman parte del presupuesto de rentas, al cual se aplica el principio de unidad de caja previsto en el artículo 16 del Decreto 111 de 1996 o Estatuto Orgánico del presupuesto¹⁷ en razón a que el contrato subyacente es de carácter gratuito.

“El presupuesto de rentas contendrá la estimación de los ingresos corrientes de la Nación; de las contribuciones parafiscales cuando sean administradas por un órgano que haga parte del presupuesto, de los fondos especiales, de los recursos de capital y de los ingresos de los establecimientos públicos del orden nacional.”

La doctrina señala en materia de ingresos corrientes, lo siguiente:

“El concepto de ingreso corriente guarda el mismo principio del ingreso operacional de una empresa privada. Es el ingreso principal con el cual cumple la actividad para la cual fue creada. En las entidades públicas estos ingresos provienen del ejercicio de la soberanía del Estado y se caracterizan por la regularidad, el fácil pronóstico de su recaudo y la permanencia de la fuente de la cual se obtiene.”

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

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

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

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

Teniendo en cuenta que la celebración de un comodato como contrato interadministrativo, conserva sus elementos esenciales, es así como, el comodato no tiene la virtud de transferir el derecho de propiedad sobre la cosa, pues solo traslada al comodatario el derecho del uso y goce con excepción de la disposición del bien y sin convertirlo en titular del derecho real de propiedad, en consecuencia, la entidad pública comodataria no se hace propietaria del bien objeto de comodato, por lo que este no ingresa a su haber, asimismo, el bien no sale del patrimonio del comodante, conservando la titularidad de su derecho de propiedad, salvo en lo tocante al uso y goce que han sido trasladados al comodatario en virtud del comodato por el plazo convenido.

La Agencia Nacional de Contratación Pública Colombia Compra Eficiente creada por el Decreto Ley 4170 de 2011 como consecuencia de la necesidad de *“(a) crear políticas unificadas que sirvan de guía a los administradores de compras y que permitan monitorear y evaluar el desempeño del Sistema y generar mayor transparencia en las compras.(b) tener una Entidad rectora que provea un soporte adecuado para ejecutar el Plan de Desarrollo.”*, propone un modelo de contrato de comodato para las entidades públicas como guía para estas, por medio del cual, se sugieren cláusulas diseñadas para el contrato de comodato, entre esas la gratuidad, destinación y uso autorizado del bien, plazo, responsabilidad, garantías y mecanismos de cobertura del riesgo, caso fortuito y fuerza mayor entre otras. Es así como, las entidades públicas en el contexto de sus procesos de contratación, podrán acudir a ciertas herramientas que proporciona este organismo en desarrollo de su función de *“diseñar e implementar documentos estandarizados teniendo en cuenta las necesidades de los participantes del sistema de compras y contratación pública”* para obtener una directriz orientada a la consecución de los fines estatales a través de la contratación pública.

2. En el reporte que se realice en rendición de cuenta es viable darle un valor al contrato de comodato, en caso de ser así como se determina dicho valor?

Tal como se indicó en el desarrollo del primer interrogante, uno de los elementos característicos del contrato de comodato es la gratuidad, por lo que el pacto de un precio, renta o canon no hace parte de la naturaleza del estudiado contrato.

En concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado anteriormente citado, se expuso lo siguiente con relación a la gratuidad del comodato:

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

En el modelo de contrato de comodato compartido por la Agencia Nacional de Contratación Pública Colombia Compra Eficiente, se observa que en su cláusula 5 (Gratuidad), a pesar de ser el

comodato un contrato gratuito, se sugiere pactar un valor correspondiente al precio del mercado del bien o bienes objeto de préstamo para efectos contables, fiscales, de garantías y de responsabilidad de las partes.

“El presente Contrato es de carácter gratuito. Sin embargo, para efectos contables, fiscales, de garantías y de responsabilidad de las partes, el valor del presente contrato será [incluir valor]”

(...)

Por ejemplo el valor de mercado de los bienes según se detalla en la cláusula 2 del contrato, el valor comercial o el valor predial del bien cuando se trate de inmuebles.”

Para efectos de la rendición de cuentas, será el organismo de control competente, quien dará las directrices referentes al diligenciamiento de la rendición de cuenta en lo tocante al valor de los bienes adquiridos en comodato. Debe tenerse presente, como ya se ha indicado, que la tenencia de los bienes adquiridos mediante contrato de comodato no tiene ningún valor, lo que no quiere decir que las partes no puedan estipular o convenir el valor de ellos de acuerdo con su tasación comercial, para los efectos previamente mencionados.

El Instructivo de Rendición de Cuentas de la Auditoría General de la República Versión 3.5 diseñado para las entidades por ella controladas, contiene en su formato 5 relativo a propiedad, planta y equipo en donde se indica reportar los bienes “adquiridos” a título de comodato, compra o donación, la siguiente casilla consiste en manifestar el valor monetario de la adquisición o baja del bien, en cuyo caso, deberá tenerse en cuenta que tratándose de un contrato de comodato, este carece del elemento precio, por tanto la tenencia del bien a este título no tiene contraprestación monetaria.

“FORMATO 5 - PROPIEDAD PLANTA Y EQUIPO

En este formato se debe registrar la información relacionada con la adquisición o baja de Propiedad, Planta y Equipo, de acuerdo con el código contable de la cuenta a la que pertenezca (del 1605 al 1683 y del 1703 al 1721). No se debe relacionar la compra de bienes que llevan directamente al gasto, únicamente los que registran en las cuentas citadas.

Sección 01 - Propiedad Planta Equipo

- **No:** número consecutivo que aumenta automáticamente.
- **Fecha de Adquisición/Baja:** reporte la fecha en la que adquirió o se dio de baja el bien.
- **Adquisición/Baja:** **seleccione de la lista desplegable el registro que se está reportando:**
 - ✓ **Adquisición por comodato**
 - ✓ **Adquisición por compra**
 - ✓ **Adquisición por donación**
 - ✓ **Baja**
- **Valor:** **valor monetario en pesos de la adquisición o baja del bien.**
- **Detalle:** diligencie la descripción del bien adquirido o dado de baja.
- **Código Contable:** código que se utiliza en el catálogo de cuenta para reportar los movimientos contables de las adquisiciones y bajas.

- *Número del contrato mediante el cual se realizó la compra / acto administrativo de baja: ingrese el número del documento contractual de compra o el acto administrativo de baja.”*

En los anteriores términos consideramos atendidas sus inquietudes, esperando haber dado claridad sobre las mismas, anotando que el presente concepto se emite en los términos del artículo 28 de la Ley 1437 de 2011 (CPACA) sustituido por el artículo 1º de la Ley 1755 de 2015 “Por medio de la cual se regula el Derecho Fundamental de Petición y se sustituye un título del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”, con carácter orientador tal como lo determina la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de Consejo de Estado en Auto del 19 de mayo de 2016 dentro del expediente radicado 20392 - 25000-23-37-000-2012-00320-01:

“...el artículo 253 del Decreto 01 de 1984 (hoy regulado en términos similares por el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011) prevé la consulta como una forma de ejercer el derecho de petición. La respuesta que da la administración se llama concepto y, en general, nace de la obligación de atender solicitudes de información sobre las materias que tiene a cargo. Los conceptos sirven para orientar a los asociados sobre alguna cuestión que puede afectarlos. Pero eso no indica que siempre se trate de una manifestación unilateral de voluntad y, por ende, capaz de producir algún efecto jurídico general y abstracto. De hecho, los conceptos que emite la administración en relación con las materias que tienen a cargo no comprometen su responsabilidad ‘ni serán de obligatorio cumplimiento o ejecución’” (Negrilla fuera de texto)

Igualmente le informamos que el Presidente de la República en uso de facultades constitucionales, mediante el Decreto-Legislativo 491 de 2020 “Por el cual se adoptan medidas de urgencia para garantizar la atención y la prestación de los servicios por parte de las autoridades públicas y los particulares que cumplan funciones públicas y se toman medidas para la protección laboral y de los contratistas de prestación de servicios de las entidades públicas, en el marco del Estado de Emergencia Económica”, amplió el término para la resolución de las consultas presentadas por los ciudadanos, así:

Artículo 5. Ampliación de términos para atender las peticiones. Para las peticiones que se encuentren en curso o que se radiquen durante la vigencia de la Emergencia Sanitaria, se ampliarán los términos señalados en el artículo 14 de la Ley 1437 de 2011, así:

(...)

(ii) Las peticiones mediante las cuales se eleva una consulta a las autoridades en relación con las materias a su cargo deberán resolverse dentro de los treinta y cinco (35) días siguientes a su recepción.

(...)

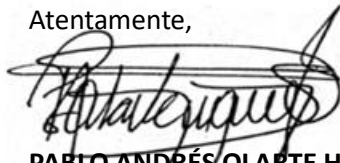
Finalmente, le manifestamos que la señora Auditora General de la República en cumplimiento de las disposiciones del Decreto-Legislativo 491 de 2020, expidió la Resolución Reglamentaria No. 005 del 31 de marzo de 2020 “Por la cual se modifica la Resolución Reglamentaria No. 004 de 2020 y se toman otras medidas por motivos de salubridad pública.”, autorizando en su artículo 4º, el uso de la firma escaneada por parte de los directivos de la entidad en los documentos dirigidos a los

usuarios, y en el artículo 5º su comunicación y notificación a través de medios electrónicos (dirección electrónica).

Los conceptos emitidos por la Oficina Jurídica de la Auditoría General de la República relacionados en el presente concepto, pueden ser consultarlos en el siguiente enlace: <http://www.auditoria.gov.co/web/guest/auditoria/normatividad/conceptos-juridicos>

Para este Despacho es importante conocer la percepción sobre la atención brindada, para lo cual, adjunto a la presente encontrará un formato de encuesta para que lo diligencie y nos lo remita a la dirección de correspondencia Calle 26 Nro. 69-76 Piso 17, Edificio Elemento, Torre 4 de Bogotá o a los correos electrónicos juridica@auditoria.gov.co y fajattin@auditoria.gov.co Si para usted resulta más cómodo, también puede diligenciarla de manera virtual a través de nuestra página web www.auditoria.gov.co ingresando por el botón SIA, seleccionando la opción SIA ATC ATENCIÓN AL CIUDADANO, estando allí, seleccione el botón Encuesta de Satisfacción e ingrese los dígitos del código SIA-ATC que aparecen en la referencia de la presente comunicación y la contraseña 146632f8, también puede consultar su solicitud seleccionando el botón Consultar Solicitud ingresando igualmente el mismo código SIA-ATC y contraseña.


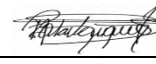
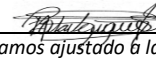
Atentamente,



PABLO ANDRÉS OLARTE HUGUET

Director Oficina Jurídica

Anexo: Formato encuesta de satisfacción

	Nombre y Apellido	Firma	Fecha
Proyectado por:	Fhara Alejandra Jattin Sánchez		12/11/2021
Revisado por:	Pablo Andrés Olarte Huguet		12/11/2021
Aprobado por:	Pablo Andrés Olarte Huguet		12/11/2021
<i>Los arriba firmantes declaramos que hemos revisado el documento y lo encontramos ajustado a las normas y disposiciones legales vigentes y por lo tanto, bajo nuestra responsabilidad lo presentamos para la firma.</i>			