

## CONCEPTO ICBF No 22

Fecha: 2020-08-03

Asunto: CUOTA DE ARRENDAMIENTO

### 1. PROBLEMA JURÍDICO

¿Puede arrendarse un bien inmueble del cual el ICBF es propietario en una cuota parte equivalente al 0.017168 %, teniendo en cuenta que la porción de participación de la Entidad es tan mínima que imposibilitaría cualquier acción de oposición frente a la decisión de los demás comuneros?

### 2. RUTA METODOLÓGICA PARA RESPONDER EL PROBLEMA JURÍDICO

Para dar respuesta el problema jurídico: (i) se establecerá el marco jurídico aplicable; (ii) se revisarán los antecedentes de la solicitud; (iii) se analizará el caso concreto, y finalmente (iv) se expondrán las conclusiones.

#### 2.1. MARCO NORMATIVO APLICABLE

Artículos 16, 17 y 18 de la Ley 95 de 1980, artículos 667, 1981, 2322 y 2323 del Código Civil, Ley 610 de 2000, artículo 2.2.1.2.1.4.11 del Decreto 1082 de 2015, y literal i) numeral 4, artículo 2 de la Ley 1150 de 2007.

#### 2.2. ANTECEDENTES

Como resultado del proceso de liquidación de la Sociedad xxxxxxxx, al ICBF le correspondió sobre el bien inmueble identificado con matrícula inmobiliaria XXXXXX, el 0.0211208% del total del área adjudicada (80%), equivalente al 0.017168% de la totalidad del bien. Del 80% adjudicado, se comparte la propiedad con otros 11 comuneros, quienes a la fecha se encuentran de acuerdo en suscribir un contrato de arrendamiento.

En el acta de reunión de comuneros del Lote "XXXXXXXXXXav calle 127 no. 87-20 lote San Jorge" identificado con folio de matrícula XXXXXXXXXXXXX, en desarrollo del punto 2 del día, "acuerdos sobre administración y enajenación de los activos adjudicados en la liquidación de XXXXXXXXXXXX", se expresó:

*"...en la cual se le dio mandato al señor XXXXXXXX para que procediera a suscribir el contrato de arriendo con **la XXXXXXXXXXXXX, quien fuera arrendataria del bien al momento de la entrega**; el contrato suscrito por la liquidación establecía un canon de arrendamiento de 2 millones aprox. En dicha reunión se acordó que el canon de arrendamiento fuera de 5 millones mas I.V.A. **y se contactó a xxxxxxxxxxxx quien estuvo de acuerdo con las condiciones del nuevo contrato...**" (negrilla y subraye fuera de texto).*

El Grupo de Gestión de Bienes eleva la presente solicitud de concepto, conociendo la prohibición existente en el numeral 9.2.3.1 de la Guía de Gestión de Bienes del ICBF respecto a que el Instituto no tiene la facultad para suscribir contratos sobre los inmuebles de su propiedad, pero considera que *“para este caso sui generis, en la cual la porción de propiedad de esta entidad es tan mínima, que imposibilitaría cualquier acción de oposición, y de acuerdo a que la mayoría de comuneros han indicado su voluntad de dar el inmueble en alquiler, se considera que lo apropiado para el caso es acogerse a lo ya decidido”*.

### 2.3. ANÁLISIS JURÍDICO

#### De la propiedad plural:

Sobre la propiedad plural hay que atender al concepto 892013 de la Oficina Asesora Jurídica de ICBF, respecto a los tipos de propiedad:

*“el artículo 2322 del [C]ódigo [C]ivil define este tipo de propiedad como un cuasicontrato de comunidad al disponer que: “la comunidad de una cosa universal o singular, entre dos o más personas, sin que ninguna de ellas haya contratado sociedad, o celebrado otra convención relativa a la misma cosa, es una especie de cuasicontrato”. Así mismo, el artículo 2323 del mismo código dispone que: “el derecho de cada uno de los comuneros sobre la cosa común es el mismo que el de los socios en el haber social”.*

Cabe recordar que los cuasicontratos son fuente de obligaciones, aunque en palabras de Castro Ayala<sup>1</sup>: *“(…) en nuestro ordenamiento jurídico, como son la comunidad, la agencia oficiosa y el pago de lo no debido, son muy diferentes entre sí y, si bien tienen efectos jurídicos, como fuente de obligaciones, quedan mejor comprendidos dentro de otros conceptos; en efecto, la comunidad es en realidad una forma de propiedad (…)* (Negritas fuera de texto).

Por su parte, xxxxxx<sup>2</sup>, en su libro Bienes, señala que *“cuando el derecho de propiedad se ejerce por varios sujetos la propiedad se denomina plural (…)* Si la pluralidad de sujetos se presenta sobre un objeto y el derecho ejercido es el dominio, el fenómeno se denomina *copropiedad (…)*”.

Según lo anterior, tenemos que cuando dos o más personas son propietarios de un mismo bien se genera una copropiedad en la cual todos los comuneros son dueños de la totalidad del bien físico o material, mientras persista la indivisión. En efecto y tal como lo señala el mismo autor recién citado *“el comunero o copropietario tiene sobre el bien una cuota ideal no concreta o identificable física o materialmente de forma que puede enajenarla, hipotecarla en prenda, etc., sino que para ello requiere la aceptación de sus demás compañeros<sup>3</sup>”*.

<sup>1</sup> Castro Ayala José Guillermo, Calonje Londoño Nattaly Ximena. Derecho de las obligaciones, Aproximación a la praxis y a la constitucionalización. Universidad Católica de Colombia, Bogotá, 2015

<sup>2</sup> Jaramillo Velásquez, Luis Guillermo. “Bienes” Editorial Temis, Bogotá, 1998.

<sup>3</sup> Ibídem.

Respecto de las características de la copropiedad y siguiendo lo dispuesto por las normas del Código Civil y por la doctrina citada, se debe advertir que el copropietario solo es dueño exclusivo e individual de la cuota que le corresponde en la comunidad y en ese sentido solo tiene derecho a una parte de sus frutos<sup>4</sup>, dependiendo del valor de la cuota que le corresponde. En otras palabras, existen tantos derechos de dominio cuantos propietarios hubiera sobre el objeto y todos unidos forman la propiedad plena.

En ese sentido, la cuota se convierte en parte del patrimonio del comunero la cual, según lo dispone el artículo 667 del Código Civil, será considerada un bien inmueble si el derecho de dominio que se ejerce es sobre un bien inmueble o será mueble si el bien sujeto a ese derecho real es de esa tipología.

### Derechos de los comuneros:

Para José J. Gómez<sup>5</sup> la propiedad en común y proindiviso se caracteriza por:

- El comunero no tiene derecho exclusivo y total sobre el objeto. Su señorío es parcial.
- La cuota es un ideal no representable materialmente en la indivisión.
- En la comunidad existen tantos derechos de dominio como comuneros, y todos unidos forman la propiedad plena.
- Fuera del derecho individual, existe un derecho colectivo sobre el bien, que consiste en el uso, goce y administración del bien, que se ejerce con el acuerdo y consentimiento de todos los comuneros.

La Ley 95 de 1890 en sus artículos 16 y siguientes, establece las reglas para la toma de decisiones en el marco de la comunidad.

*Si los comuneros no se avinieren en cuanto al uso de las cosas comunes nombrarán un administrador que lo arregle, sin perjuicio del derecho de los comuneros a reclamar ante el Juez contra las resoluciones del Administrador, si no fueren legales.*

A la hora de establecer las reglas sobre el uso de las cosas en común, es obligatorio que los acuerdos que se alcancen sean por el sistema de mayorías. La mayoría no se determina a partir del número de personas, sino que se realiza sobre la base de los intereses de la comunidad. Esto conforme al artículo 17 de la precitada norma:

*El administrador será nombrado por los comuneros en junta general, por mayoría absoluta de votos. Habrá Junta General cuando concurra un número que represente más de la mitad de todos los derechos.*

<sup>4</sup> Artículo 2328 del Código Civil: “Los frutos de la cosa común deben dividirse entre los comuneros a prorrata de sus cuotas”.

<sup>5</sup> Gómez José J., Bienes, Bogotá, Edición Universidad Externado de Colombia, 1981, págs. 191-196

Pero esta mayoría no puede desconocer los derechos de aquellos comuneros con una menor participación. Tal es el caso del ordenamiento jurídico colombiano en materia comercial, en el que se reconocen derechos de los accionistas minoritarios:

*“Al respecto le manifiesto que a lo largo de todas las normas que en el Código de Comercio regulan la materia, **el legislador colombiano privilegia el sistema de las mayorías como vehículo de toma de decisiones en cualquier sociedad mercantil.** Aparejado a lo anterior, existen algunas instituciones que tienden a la protección o aseguramiento de los derechos de las minorías, como por vía de ejemplo, podemos citar la elección de cuerpos colegiados a través del mecanismo del cuociente electoral, según lo dispone el artículo 197 del Código de Comercio”<sup>6</sup>.*

### Del arrendamiento de bienes de uso público y fiscales:

Para efectos de este concepto, resulta importante indicar la diferencia entre el arrendamiento de bienes de uso público y fiscales. Los bienes de uso público son aquellos de propiedad del Estado, que se destinan al uso, goce y disfrute de los habitantes del territorio, mientras que los bienes fiscales son aquellos que pertenecen a una persona jurídica de derecho público<sup>7</sup>.

El primero, será administrado de acuerdo a las reglas del Derecho Público y conserva en toda ocasión sus rasgos de inalienables, inembargables e imprescriptibles. Sin embargo, los bienes fiscales sólo mantienen su carácter de imprescriptibles, y por regla general, se deben administrar según las reglas de la propiedad privada.

Dentro de las características de los bienes fiscales se encuentran: a) **alienables**: es decir, son enajenables y susceptibles de disposición en virtud de actos jurídicos (vender, donar, arrendar, hipotecar etc.) en conformidad con las normas fiscales y de contratación pública aplicables. b) **embargables**: por regla general pueden constituir prenda general de los acreedores, con excepción de los casos previstos en la ley. c) **imprescriptibles**: el Código de Procedimiento Civil en el artículo 407, numeral 4<sup>o</sup>, modificado por el artículo 1<sup>o</sup>, numeral 210 del Decreto Ley 2282 de 1989, sustrae la posibilidad de adquirir por prescripción los bienes de propiedad de las entidades públicas, cuando indica: “La declaración de pertenencia no procede respecto de bienes imprescriptibles o de propiedad de las entidades de derecho público”<sup>8</sup>.

Entre el arrendamiento de los bienes de uso público y fiscales, existe una diferencia normativa. El artículo 1981 del Código Civil permite el arrendamiento de bienes de la Unión,

<sup>6</sup> Supersociedades, Concepto 220-023118 del 10 de abril de 2003. [https://www.supersociedades.gov.co/nuestra\\_entidad/normatividad/normatividad\\_conceptos\\_juridicos/9386.pdf](https://www.supersociedades.gov.co/nuestra_entidad/normatividad/normatividad_conceptos_juridicos/9386.pdf)

<sup>7</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia 05001233100020060367301, Mar. 15/18. C.P. Oswaldo Giraldo López.

<sup>8</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera. Sentencia del 15 de agosto de 2007, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

o de establecimientos públicos de ésta, que se sujetarán a las disposiciones del Código, salvo lo estatuido en las leyes especiales.

Solo en forma excepcional las Entidades del Estado pueden arrendar sus inmuebles, que como bienes fiscales están destinados a sus funciones públicas. De no cumplir tal destinación, su administración o enajenación se dará de acuerdo con los procedimientos previstos en normas generales aplicables<sup>9</sup>.

Todo ello permite deducir que los bienes fiscales del ICBF están atados a la legislación general para su administración, pero sujetos a las disposiciones especiales de acuerdo a su calidad de persona jurídica del orden público. Específicamente, para el caso del ICBF regulado internamente por la Guía de Gestión de Bienes.

### De la Gestión de Bienes – ICBF

El ICBF puede adquirir bienes muebles e inmuebles por diversos medios —compra, donación, dación en pago o en razón de su vocación hereditaria establecida en el artículo 66 de la Ley 75 de 1968 o la declaratoria de bien vacante o mostrenco—; por ello, la Ley 7ª de 1979, en el artículo 21, señaló como una de las funciones del Instituto (...) Promover las acciones en que tenga interés por razón de su vocación hereditaria o de bienes vacantes o mostrencos, de acuerdo con las leyes<sup>10</sup>.

Debido a esto, el Instituto es propietario de varios bienes inmuebles, que al momento de la adjudicación se encontraban ocupados o fueron objetos de contrato de arrendamiento por parte del causante, razón por la cual, en el momento en que ingresan al patrimonio de la Entidad, deben ser saneados<sup>11</sup>.

La Guía de Gestión de Bienes del ICBF en el numeral 9.1, de políticas generales sobre manejo de inmuebles, prohíbe expresamente la suscripción de contratos de arrendamiento sobre los bienes de propiedad del Instituto, aunque establece el respeto por aquellos vínculos contractuales previos a la adjudicación por vocación hereditaria, siempre que exista un documento escrito. Para los demás casos, se procurará la restitución del inmueble a la mayor brevedad. Esta prohibición es reiterada en el numeral 9.2.3 sobre arrendamientos:

*“el instituto NO puede entregar bienes en arrendamiento. **Solo deberá respetar los contratos vigentes al momento de la muerte de un causante cuando el bien es adjudicado al instituto y existe documento escrito donde conste el contrato.** Cuando no existe contrato, se debe iniciar de manera inmediata la acción judicial para la restitución del inmueble”*

De lo enunciado, se pueden extraer las siguientes hipótesis: I) cuando existe un contrato de arrendamiento vigente a la muerte del causante y consta por escrito; II) cuando existe un

<sup>9</sup>Colombia Compra Eficiente, 8 de agosto de 2017. Recuperado de: <https://sintesis.colombiacompra.gov.co/content/arrendamiento-de-inmueble>

<sup>10</sup> Concepto 42 del 4 de abril de 2012. Oficina Asesora Jurídica, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

<sup>11</sup> Ibídem.

contrato de arrendamiento vigente a la muerte del causante, pero no consta por escrito; III) El contrato de arrendamiento existente pero es posterior a la muerte del causante.

La Guía de Gestión de Bienes frente al primer caso, establece que se debe respetar el vínculo contractual; En la segunda y tercera situación se obliga al Instituto a impulsar las acciones administrativas o jurisdiccionales de saneamiento, conforme su numeral 9.2.1.12.

*Saneamiento: “Se entiende por saneamiento toda gestión administrativa o jurisdiccional tendiente a perfeccionar el dominio del bien para que del mismo se tenga el título y la posesión plena, libre de condiciones resolutorias y demás situaciones jurídicas o administrativas que pudieran resolverse en traslación del dominio, **arrendamientos sin contrato escrito**, ocupantes o poseedores y, en general, de cualquier circunstancia, afectación o carga que haga imposible su libre disposición”. (Negrilla y subraye fuera de texto*

A pesar de lo anterior, la Guía no prevé una norma específica aplicable al caso que nos convoca, en el que el ICBF en su rol de comunero de una propiedad plural, no cuenta con una participación que le permita la toma de decisiones unilaterales. Ante la falta de norma de derecho público que regule el asunto de manera puntual, lo procedente es la aplicación de las normas de derecho privado para la administración de la totalidad del bien. Sin embargo, el Instituto debe cumplir con su manual de bienes y hacer lo necesario para enajenar su cuota o sanear el bien. En todo caso, se debe tener en cuenta lo establecido en la Ley 610 de 2000, para garantizar que sea pagada la parte del contrato de arrendamiento que le corresponde y ejercer las acciones legales sobre cualquier administración inapropiada.

Mientras se mantenga la condición descrita, el ICBF en su calidad de ente de Derecho Público administrará el bien en forma similar a como lo hacen los particulares con los bienes de su propiedad, como lo ha expresado el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera, en sentencia del 15 de agosto de 2007:

Los bienes fiscales o patrimoniales, son aquellos que pertenecen a sujetos de derecho público de cualquier naturaleza u orden y que, por lo general, están destinados al cumplimiento de las funciones públicas o servicios públicos, tales como los terrenos, edificios, fincas, granjas, equipos, enseres, acciones, rentas y bienes del presupuesto, etc., es decir, afectos al desarrollo de su misión y utilizados para sus actividades, o pueden constituir una reserva patrimonial para fines de utilidad común. **Su dominio corresponde a la República, pero su uso no pertenece generalmente a los habitantes, de manera que el Estado los posee y los administra en forma similar a como lo hacen los particulares con los bienes de su propiedad.**

En el mismo sentido se pronunció esta Oficina, en el Concepto 35 de marzo de 2012, expresando que el Estatuto General de Contratación pública, Ley 80 de 1993, en su artículo 13 señala que los contratos que celebren las entidades públicas se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en los elementos especiales normados en ese cuerpo normativo.

Respecto al arrendamiento de bienes de entidades de derecho público, Bonivento hace alusión a lo expresado en el Código Civil, artículo 1981 que dispone: “*los arrendatarios de bienes de la Unión, o de establecimientos públicos de ésta, se sujetarán a las disposiciones del presente capítulo, salvo lo estatuido en Leyes especiales*”, concluyendo que cuando una entidad de Derecho Público celebra un contrato de arrendamiento se somete a lo dispuesto al Estatuto Civil, de la misma manera que se tratara de un particular, sometiéndose a las disposiciones generales del contrato de arrendamiento, pero con la excepción de aquellas exigencias que establezcan las normas especiales<sup>12</sup>.

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia<sup>13</sup> ha manifestado que las entidades de Derecho Público, cuando adquieren bienes que están en el comercio, realizan actividades de la órbita de los particulares y su relación se da en igualdad, razón por la cual confluyen en ellos, los atributos de la propiedad que permite gravarlos, enajenarlos, arrendarlos, etc.

Por su parte, el Consejo de Estado en sentencia de 21 de octubre de 1994<sup>14</sup>, hace claridad sobre las potestades de la Administración cuando el régimen jurídico que impera un contrato es de Derecho Privado. Por lo tanto, en aquellos que celebren las entidades de Derecho Público, las normas aplicables serán de carácter privado sin importar que tales contratos detenten la naturaleza de “estatales”.

Cabe recordar que de acuerdo a lo establecido en el numeral 9.2.1.10 de la Guía de Gestión de Bienes, para determinar la enajenación de un inmueble se debe iniciar con la elaboración del análisis de utilidad. Si allí se determina que el inmueble no es apto para el uso del Instituto, o para dedicarlo a un comodato que preste servicios complementarios a la misión Institucional, se deben iniciar los trámites de inclusión en el Plan de Enajenación Onerosa para su venta, el cual se llevará a cabo según el procedimiento del Decreto 1082 de 2015, que reglamenta el sistema de compras y contratación pública y el manual de contratación del ICBF (Resolución 8012 del 8 de septiembre de 2017).

Así, se puede aplicar lo dispuesto en la Guía para el saneamiento para incluir la cuota parte en el Plan de Enajenación Onerosa. De otra forma, un intento por recuperar la tenencia del bien por el 0.017168% que le corresponde a la Entidad, afectaría de forma ilegal el uso y goce del porcentaje restante para el 100%, representado en las cuotas parte de los demás dueños.

La Ley 95 de 1890 establece el procedimiento para la toma de decisiones en el marco de la comunidad. El ICBF, aunque se trata de una Entidad del orden público, rigiéndose por las figuras jurídicas aplicables al caso, no tiene la suficiente participación para oponerse a la decisión, o para interponer las acciones de saneamiento. Queda entonces como vía jurídica, la inclusión de la cuota parte del bien en el Plan de Enajenación Onerosa, al tratarse de un

<sup>12</sup> BONIVENTO Fernández, José Alejandro. Los principales contratos civiles y su paralelo con los comerciales, décimo sexta edición actualizada, Librería ediciones del Profesional LTDA. Bogotá DC. 2004. P. 407

<sup>13</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de Julio 29 de 1999. M.P. Jorge Antonio Castillo Rugeles.

<sup>14</sup> Sentencia 9288 de Octubre 21 de 1994, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. C.P. Daniel Suarez Hernandez.

inmueble no apto para el uso del Instituto o para dedicarlo a un comodato que preste servicios complementarios a la misión Institucional.

### 3. CONCLUSIONES

De lo expuesto anteriormente, se puede concluir que la normativa interna del ICBF prohíbe el arrendamiento de los bienes de propiedad del Instituto. Sin embargo, como en este caso se trata de un bien común y proindiviso con un porcentaje mínimo a favor del ICBF, los derechos de los comuneros, entre ellos el Instituto, están supeditados a la decisión tomada por la mayoría. Por lo tanto, se tienen para el presente caso las siguientes conclusiones:

1. De existir contrato escrito vigente al momento de la entrega del bien, según expresa la Guía de Gestión de bienes, debe ser respetado. En el caso bajo estudio no se allegó prueba de la existencia de un negocio con tales calidades.
2. Por regla general, el Instituto debe dar cumplimiento a lo estipulado en el Manual de Gestión de Bienes y hacer lo necesario para sanear su propiedad. Al no ser posible, el ICBF debe preparar los procedimientos internos de enajenación de su cuota parte en el bien, conforme se ordena por la Guía de Gestión de Bienes y la inclusión de dicho porcentaje en el plan de enajenación onerosa.
3. En atención a la proporción del dominio que ostenta el Instituto respecto a la totalidad del inmueble, la decisión de entregar en arriendo el bien es tomada conforme a las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, como lo dicta la Ley 80 de 1993 en el artículo 13.
4. Por lo tanto, para el caso *sui generis* que se presenta, conforme a lo analizado a lo largo de este concepto no hay motivo jurídico para oponerse al arrendamiento del bien, si es que así es la voluntad de los comuneros. Sin embargo, se debe tener en cuenta lo establecido en la Ley 610 de 2000, para garantizar que sea pagada la parte del contrato de arrendamiento que le corresponde, además ejercer las acciones legales sobre cualquier administración inapropiada.

La presente respuesta tiene naturaleza de concepto jurídico y constituye un criterio auxiliar de interpretación de conformidad con los establecido en los artículos 26 del Código Civil y 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, sustituido por el artículo 1º de la Ley 1755 de 2015. No obstante lo anterior, tiene carácter vinculante para las dependencias internas del Instituto y terceros que colaboren en la prestación del servicio público o en el desarrollo de la función administrativa de competencia del ICBF, en virtud de la función asignada a la Oficina Asesora Jurídica de mantener la unidad doctrinaria e impartir las directrices jurídicas necesarias para el desarrollo de las funciones del Instituto, de conformidad con los numerales 8 y 15 del Artículo 6º del Decreto 987 de 2012.

Cordialmente,

**EDGAR LEONARDO BOJACÁ CASTRO**  
Jefe Oficina Asesora Jurídica