

**CONTRATO DE COMODATO - Noción / CONTRATO DE PRESTAMO DE USO - Noción / CONTRATO DE COMODATO - Características / CONTRATO DE PRESTAMO DE USO - Características /CONTRATO DE COMODATO - Entidad pública / AUXILIOS - Prohibición constitucional / CONTRATO DE COMODATO - Real**

Es por tanto (contrato de comodato) un negocio jurídico por medio del cual el titular del derecho de dominio de un bien, traslada a otro algunas de las facultades que se desprenden de ese principal derecho real, cuales son el uso y disfrute del mismo. Es de la esencia del comodato, según lo previsto en el artículo 2200 citado, que dichas facultades se otorguen sin contraprestación económica, esto es, en forma gratuita; de manera que si el comodatario adquiere una prestación correlativa de este tipo, se desnaturaliza el negocio jurídico. El comodato se caracteriza por ser real, esto es, requiere de la entrega de la cosa para su perfeccionamiento, y por ser un contrato principal, porque existe con independencia de otro negocio jurídico. Si bien es cierto que la citada ley 9 de 1989 no alude expresamente las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, como lo es la entidad aquí demandada, cabe tener en cuenta que las mismas son entidades públicas quienes, por tanto, están sometidas a los fundamentos y condiciones que tales normas regulan, respecto del comodato. Mediante la lectura del citado artículo 38 se deduce la consagración de una prohibición respecto de la celebración de contratos de comodato con personas distintas a las allí señaladas y una condición legal esencial para que los contratos que estaban en curso a la fecha de entrada en vigencia de dicha ley con personas distintas a las referidas en la norma pudiesen continuar. Así, la ley 9 de 1989 dispuso una condición para la prórroga de los contratos de comodato suscritos con sujetos ajenos a “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 fue que se renegociaran para limitar su término a 3 años renovables, contados a partir de la promulgación de la ley. En el entendido de que el comodato tiene por objeto entregar un bien de una entidad pública a otro sujeto sin contraprestación alguna, la Sala considera que el comodato está comprendido dentro de los supuestos a que alude dicha disposición (art. 355 CP.) y, por ende, debe tener por causa el impulso de programas y actividades de interés público. Encuentra entonces la Sala que el negocio jurídico denominado comodato debe someterse también a las normas que han reglamentado el citado artículo 355, como lo es el decreto 777 de 1992. Se tiene entonces que el inciso segundo del artículo 355 de la Constitución regula una categoría especial de contratos, que comprende el de comodato y que puede celebrarse con personas naturales o jurídicas de derecho privado, con y sin ánimo de lucro, con recursos de entidades públicas, siempre que tengan por objeto impulsar programas y actividades de interés público. En efecto, el comodato ha sido utilizado como instrumento de cooperación entre las entidades públicas y entre estas y los sujetos de derecho privado, para impulsar programas de interés público desarrollados, generalmente, por sujetos sin ánimo de lucro. Resulta pertinente tener en cuenta lo expresado por la Sala respecto de los elementos y características del comodato, en particular del requisito esencial relativo a la tradición del derecho de uso del bien y de la importancia de su prueba. Nota de Relatoría: Ver de la Sala de consulta y servicio civil en conceptos 416 de 1991, 504 del 22 de abril de 1993; 726 de 1995; 994 de 1997; 962 de 1997, 1017 de 1997, 1077 de 1998 y 1129 de 1998; sentencia 30232 del 4 de diciembre de 2006, Sentencia 15898 proferida el 1 de marzo de 2006

**CONTRATO DE COMODATO - Generalidades /CONTRATO DE COMODATO - Objeto / CONTRATO DE COMADATO - Formalidades / CONTRATO DE COMODATO - Persona privada sin ánimo de lucro. Reconocida idoneidad / PERSONA PRIVADA SIN ANIMO DE LUCRO - Contrato de comodato. Reconocida idoneidad**

La Sala en consideración a que no existen medios de prueba para establecer la existencia o la fecha en que se configuró el alegado comodato, tomará en cuenta lo expuesto precedentemente para definir las condiciones a que estaba sometido este negocio, según que se hubiere perfeccionado antes de la Constitución de 1991 o en vigencia de ella: - Las entidades públicas pueden celebrar contratos de comodato con entidades públicas o con entidades privadas sin ánimo de lucro con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el plan nacional y los planes seccionales de desarrollo. - Los contratos que se celebren en desarrollo de lo dispuesto en el segundo inciso del artículo 355 con entidades privadas sin ánimo de lucro, dentro de los cuales está el comodato, deben constar por escrito y se sujetarán a los requisitos y formalidades que exige la ley para la contratación entre los particulares. - Cuando el contrato se celebre con personas privadas sin ánimo de lucro, resulta indispensable acreditar respecto de ellas su reconocida idoneidad. Ahora bien, las normas de contratación vigentes, como las contenidas en la ley 80 de 1993, prevén requisitos de existencia, validez y ejecución del contrato estatal que deben cumplirse, sin perjuicio de que se pueda acudir a lo previsto en el Código Civil respecto del contenido del contrato de comodato, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 13 de dicha ley. Nota de Relatoría: Ver concepto 1129 del 16 de septiembre de 1998

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCION TERCERA**

**Consejero ponente: RAMIRO SAAVEDRA BECERRA**

Bogotá D.C., treinta (30) de julio de dos mil ocho (2008)

**Radicación número: 25000-23-31-000-1996-02562-01(15466)**

**Actor: JUAN BAUTISTA MOJICA**

**Demandado: INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES-CLINICA SAN PEDRO CLAVER**

**Referencia: ACCION DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES**

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia del 5 de marzo de 1998, por medio de la cual la

Sección Tercera del Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, negó las pretensiones de la demanda.

## **I. ANTECEDENTES**

### **1. La demanda**

Fue presentada el 28 de junio de 1996 por el señor Juan Bautista Mojica, en nombre propio y a través de apoderado judicial, en ejercicio de la acción de controversias contractuales, con el objeto de que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

*“1.- Que mediante vías de hecho, y sin la intervención de autoridad judicial o policiva alguna, LA CLÍNICA SAN PEDRO CLAVER - INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES, dio por terminado unilateralmente el contrato de comodato, celebrado verbalmente entre mi mandante JUAN BAUTISTA MOJICA, y el representante legal de la clínica demandada, el día 29 de marzo de 1.979.*

*2.- Condénese a la nación (sic) CLÍNICA SAN PEDRO CLAVER - INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES, a pagar al señor JUAN BAUTISTA MOJICA, el valor de los perjuicios de orden material (Daño emergente y lucro cesante) que le fueron ocasionados, de conformidad con lo que resulte probado en el proceso o la suma que resulte liquidada conforme al procedimiento indicado por el Art. 308 del C. de P. C., monto que ha de ser actualizado en su valor.*

*3.- A la sentencia que le ponga fin al presente proceso se le dará cumplimiento en los términos de los arts. (sic) 176 y 177 del código contencioso administrativo.” (fols. 2 y 3 c. ppa!)).*

### **2. Hechos de la demanda**

Se señalaron en síntesis los siguientes:

. El 29 de marzo de 1979, se celebró contrato verbal de comodato, entre el señor Juan Bautista Mojica y el representante legal de la Clínica San Pedro Claver - Instituto de Seguros Sociales, sobre el club médico (cafetería) ubicado en el piso

9° del inmueble localizado en la calle 24 No. 29 - 61 de Bogotá, D.C., lugar donde funcionaba la referida institución médica.

.Según lo pactado entre las partes, el uso que se le daría al bien objeto de comodato, sería el de cafetería y restaurante.

. El 3 de junio de 1985, mediante oficio No. 1324, el director de la Clínica San Pedro Claver, ratificó la tenencia del bien por parte del señor Juan Bautista Mojica.

. El 13 de septiembre de 1986 la referida clínica solicitó al señor Juan Bautista Mojica el préstamo de las instalaciones a él entregadas en comodato, a fin de celebrar la semana de la seguridad social, del 23 al 30 de septiembre de ese año, a lo cual el señor Bautista accedió. El préstamo de uno de los salones que componían el bien entregado en comodato, se postergó por 3 semanas más.

. El 22 de noviembre de 1995, sin mediar notificación alguna o proceso judicial o policivo, por ordenes del gerente de la Clínica San Pedro Claver, obreros contratados por la mencionada institución médica, iniciaron demoliciones y levantamiento de pisos en el inmueble entregado en comodato al señor Bautista y retiraron el menaje ubicado en el mismo, el cual fue abandonado sin protección alguna.

. Con fundamento en tales hechos, el señor Juan Bautista Mojica interpuso una acción de tutela en contra de la Clínica San Pedro Claver - Instituto de Seguros Sociales -, la cual fue negada en primera y segunda instancia, con fundamento en que esa no era la vía judicial adecuada para reclamar por los daños sufridos por el actor, pese a que era evidente la actuación arbitraria de la demandada. (fols. 3 y 4 c. ppal)

### **3. Actuación procesal en primera instancia.**

3.1 El Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca admitió la demanda mediante auto de julio 12 de 1996, que fue notificado al representante legal del Instituto de Seguros Sociales - Clínica San Pedro Claver - el 4 de septiembre siguiente (fols. 11 a 13 c. ppal.).

3.2 En la oportunidad procesal correspondiente, el Instituto de Seguros Sociales contestó la demanda mediante escrito en el que se opuso a la prosperidad de las pretensiones con fundamento en que el contrato celebrado con el señor Bautista, fue un contrato de comodato que, por ser gratuito, se caracteriza por ser unilateral y porque impone obligaciones únicamente al comodatario, quien debe velar por la conservación y oportuna restitución del bien cuando así lo solicite el comodante.

Señaló que oportunamente el Subgerente Administrativo de la Clínica San Pedro Claver, solicitó al señor Bautista que desocupara el inmueble a fin de adelantar labores de remodelación y mantenimiento; que además lo invitó a participar en un proceso de selección de arrendatario, al tenor de las nuevas normas sobre contratación estatal. Sin embargo, agregó que el señor Bautista no manifestó nada al respecto y dejó de acudir al inmueble, por lo que, ante la urgencia de las obras a adelantar, se procedió a inventariar los muebles allí existentes y a retirarlos.

Finalmente, la demandada consideró que la jurisdicción contenciosa administrativa no era la competente para conocer del presente asunto sino la ordinaria, toda vez que el contrato de comodato celebrado entre las partes era de naturaleza civil (fols. 56 a 53 c. ppal.).

#### **4. Sentencia de Primera Instancia.**

Mediante sentencia de marzo 5 de 1998, el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca - Sección Tercera, negó las pretensiones de la demanda.

Señaló que entre la parte actora y la demandada se celebró un contrato de comodato a título precario, al tenor de lo previsto en el artículo 2219 del C. C., y, como no se determinó por el comodante el plazo para recibir el inmueble, la recuperación del mismo por parte de la demandada podía hacerse en cualquier tiempo, por lo tanto, cuando ésta procedió a su recuperación, ello no se hizo mediante vías de hecho, como lo alegó el actor, sino que simplemente ejerció su derecho legal a reclamar en cualquier tiempo la parte del inmueble entregada (fols. 93 a 103 c. ppal.).

## **5. Recurso de apelación**

La parte actora interpuso en tiempo recurso de apelación contra la sentencia anterior, que fue concedido por el Tribunal en auto de julio 13 de 1998 y admitido por el Consejo de Estado por auto del 18 de septiembre de ese mismo año (fols. 106 a 110, 112 y 116 c. ppal.).

En su escrito solicitó revocar la sentencia y acceder a las pretensiones de la demanda; afirmó que la entidad pública demandada sí empleó vías de hecho para recuperar la parte del inmueble que le había entregado, mediante un contrato de comodato. Señaló que lo anterior fue constitutivo de un actuar doloso de la clínica San Pedro Claver, que le generó serios perjuicios que deben serle reparados (fols. 106 a 110 c. ppal.).

## **6. Actuación en segunda instancia-**

6.1 El recurso se admitió por auto del 18 de septiembre de 1998 y, mediante providencia del 6 de octubre de 1998, se decretó el traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera concepto.

La parte actora y la parte demandada guardaron silencio (fols. 118 y 133 c. ppal.).

6.2 El Ministerio Público solicitó revocar la sentencia recurrida y acceder a las pretensiones de la demanda, en atención a que la Administración actuó de forma irregular, al recuperar directamente la parte del inmueble de su propiedad que había entregado a título de comodato precario a la parte actora. Señaló que la actuación de la demandada fue arbitraria y abusiva, en tanto no siguió los causes legales que correspondían, esto es, un proceso abreviado de restitución de tenencia (art. 408 num. 10 C. P. C). Agregó que con su actuación asaltó en su buena fe a la actora con quien, pese a no existir un contrato regularmente celebrado, sí existía una relación de años, basada en ese principio (fols. 122 a 132 c. ppal.).

6.3. La Sala aceptó el impedimento manifestado por la Doctora Myriam Guerrero de Escobar, en consideración a que conoció del mismo en instancia anterior<sup>1</sup> (fols. 144 y 145 c. ppal).

### **CONSIDERACIONES DE LA SALA**

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación que formuló la parte demandada en juicio de dos instancias<sup>2</sup>, con el objeto de que revoque la sentencia por medio de la cual el Tribunal negó las pretensiones de la demanda.

Advierte previamente que es competente para conocer del presente asunto porque la demanda fue formulada en ejercicio de la acción de controversias contractuales de que trata el artículo 87 del CCA y el artículo 75 de la ley 80 de 1993, vigente para la fecha en que se presentó la demanda.

Como se indicó, el actor pretende que se declare el incumplimiento de la entidad contratante y se ordene la indemnización de los perjuicios derivados de la terminación de un contrato de comodato. El Tribunal no encontró probado el alegado incumplimiento; en tanto que el apelante insiste en que la entidad utilizó vías de hecho y obró de forma arbitraria al despojarla injustamente de la tenencia del bien.

#### **1. Lo Probado**

Mediante la valoración de las pruebas legal y oportunamente allegadas al proceso, la Sala encuentra acreditados los siguientes hechos:

.- El 25 de noviembre de 1995, funcionarios de la clínica San Pedro Claver suscribieron el acta de levantamiento de los bienes muebles encontrados en el estar médico del noveno piso de esa Entidad e hicieron el inventario de los mismos *“atendiendo el oficio G.C.S.P.C. # 03033 del día 24 de noviembre de 1995 suscrito por el Gerente de la Clínica San Pedro Claver, en el que solicitó despejar el área respectiva a efecto de dejarlo completamente libre, para ejecutar*

---

<sup>1</sup> Art. 150 N° 2 C.P.C.

<sup>2</sup> El actor pretende el pago de \$22.000.000 que, afirma, corresponde al valor del lucro cesante. Esta suma supera la exigida a la fecha de presentación de la demanda, 18 de junio de 1996, para que el proceso sea de mayor cuantía (\$ 13'.460.000).

*la obra de remodelación y adecuación del estar médico del noveno (9º) piso, contando con la firma MBM INGENIERÍA LTDA”*

En el acta se dejó constancia de que *“el área de Inventario se encontró en condiciones de aseo deplorables con presencia de cucarachas y otros insectos, mugre almacenado y desperdicios varios, y estado de gran deterioro”* (fols. 21 y 22 c.2).

.- El 12 de diciembre de 1995, el señor Juan Bautista Mojica y otros, interpusieron acción de tutela contra la clínica San Pedro Claver mediante escrito en el que solicitaron ordenar el cese de las obras en la porción del inmueble o, en su defecto, que una vez terminadas, se les permitiera el desarrollo de las labores inicialmente convenidas. Al efecto alegaron la violación a los derechos al trabajo y al debido proceso fol. 46 a 48 c. 2).

.- Mediante sentencia del 21 de diciembre de 1995, el Juzgado 58 Penal Municipal resolvió negar por improcedente la acción de tutela en consideración a que esta no es el instrumento adecuado para dirimir conflictos contractuales. Dijo que esta acción procede como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable siempre que se trate de un derecho constitucional fundamental y en este caso no hay violación alguna a los derechos invocados (fols. 1 a 10 c. 2).

.- Los accionantes apelaron la sentencia de instancia y, mediante providencia del 7 de febrero de 1996, el Juzgado 20 Penal del Circuito confirmó lo resuelto por el a - quo, previo a lo cual advirtió que, efectivamente, la Clínica San Pedro Claver había actuado de manera arbitraria (fols. 13 a 18 c.2).

.- El 18 de julio de 1997 esta jurisdicción recibió el testimonio del señor Carlos Alberto Mantilla Guzmán quien afirmó ser empleado de R.T.S. Colombia Ltda. y respecto de los hechos objeto de este proceso, manifestó:

*“En el año de 1995, se celebraba en la Clínica San Pedro Claver la semana cultural y dentro de las actividades programadas, estaba la exposición de algunas manualidades elaboradas por los trabajadores y el comité organizador me solicitó un sitio para efectuar dicha exposición. Me lo solicitó porque yo era el subgerente Administrativo de la Clínica. Pero dado el estado de asinamiento (sic) clínica, le solicité al señor MOJICA, la posibilidad*



*de que me prestara el salón donde funcionaba una cafetería, a lo cual el señor MOJICA no encontró ningún reparo. Inicialmente el préstamo se le planteó por 8 días, pero dado que el personal de la clínica son trabajadores por turnos, muchos no pudieron presenciar la exposición por lo tanto se le solicitó nuevamente se dejara unos días más el salón para continuar con la exposición. Simultáneamente en esos días se estaba adelantando una licitación PARA la remodelación de algunas áreas del 9 piso de la clínica, entre esa (sic) el sitio donde funcionaba la cafetería. Al término de la exposición, ya había sido adjudicada la licitación por lo tanto se requería el área desocupada para ser entregada al contratista, a fin de iniciar las obras contratadas (sic). El señor MOJICA, tuvo conocimiento de toda esta situación no habiéndose presentado a retomar el servicio de la cafetería, por cuanto a él se la (sic) habían explicado las razones, entre ellas la más importante la de contar con un estar médico, decoroso con buenas instalaciones y obviamente dotado como tal. El señor MOJICA al no presentarse a retirar los elementos de su propiedad que aún permanecían en el sitio, se adelantó un proceso por parte de la gerencia para que desocupara los elementos allí depositados, los cuales fueron trasladados a un área del 9 piso, habiéndose dejado constancia del estado en que se encontraba el sitio (donde funcionaba la cafetería)”*

Adicionalmente, dijo que “desde meses antes de la solicitud de préstamo del salón se le había explicado por parte de la oficina jurídica y la gerencia, la necesidad de legalizar su situación del servicio que prestaba en la cafetería. Esto a raíz de la ley 80, en donde se permitía a las entidades del Estado dar en arrendamiento áreas de la Clínica, el señor MOJICA ni antes ni después (sic) presentó ninguna oferta para la posible contratación con el I.S.S. los servicios de cafetería del 9 piso, cabe aclarar (sic) que el I.S.S., ya contaba con un contrato perfeccionado de servicios de cafetería en el 1 piso, elaborado por la seccional Cundinamarca y en realidad el 9 piso, el área estaba destinada para que funcionara un estar descanso (sic) para el personal médico y paramédico” (fols. 204 a 206 c.2)

.- El 18 de julio de 1997, ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, se llevó a cabo la diligencia de declaración de la parte demandante, quien dijo que desde el 1 de mayo de 1964 hasta 1985, tuvo vínculos con la Clínica San Pedro Claver, pues manejó la cafetería del piso 1 en virtud de un contrato de

arrendamiento. Dijo que desde 1978 o 1979, el director de la Clínica le solicitó que administrara el club del piso 9, fecha en la que continuó prestando el servicio en ese lugar hasta noviembre de 1995, pero no suscribió contrato alguno.

Afirmó que en el 9o piso de la Clínica demandada prestaba el servicio de cafetería desde las 6:00 a.m. hasta las 12:00 p.m.; que suministraba desayunos, almuerzos y comidas ligeras; dijo que no pagaba ninguna clase de arrendamiento a la clínica y que no recuerda quien autorizó la prestación de sus servicios en esa Entidad, que la persona que los autorizó le expuso algunas condiciones como que tuviera un empleado fijo y les sirviera bebidas y alimentos, pero que luego se incrementaron los servicios. Afirmó que nunca le dieron un plazo para la prestación de sus servicios y que simplemente le solicitaron su colaboración a efectos de llevar a cabo la semana de seguridad social (fols. 207 y 208 c. ppal).

.- El Seguro Social formuló querrela contra el señor Juan Bautista Mojica, trámite dentro del cual se ordenó inspección ocular que obra a folios 216 y siguientes del cuaderno 2.

## **2. La naturaleza del contrato celebrado entre las partes**

La Sala advierte que entre las partes existió una relación de hecho por medio de la cual la entidad pública permitió al ahora actor la explotación de parte de un inmueble en el que funciona la Clínica San Pedro Claver.

En el proceso, las partes se han referido a la existencia de un contrato de comodato, razón por la cual se procederá al análisis de los elementos esenciales - *formales y sustanciales* - que lo configuran, a efecto de verificar su presencia en el caso concreto.

## **3. El contrato de comodato que celebran las entidades públicas**

### **3.1 Consideración previa**

La parte actora afirmó que, en el caso concreto, el comodato se produjo en 1979, año a partir del cual, aduce, recibió el piso 9 de la Clínica San Pedro Claver del ISS.

No obra prueba alguna demostrativa de la entrega del bien, tan sólo la afirmación que, en ese sentido, realizó el actor en la demanda y en su declaración de parte. Esta situación impide definir la precisa normatividad aplicable sobre la existencia y validez del alegado negocio.

Encuentra en cambio pertinente analizar el panorama existente antes y durante el año de 1995, en consideración a la prueba indicativa de que entidad recuperó la parte del bien inmueble que explotaba el particular aquí demandante, en septiembre de este año.

El contrato de comodato está definido en el Código Civil así:

*“ART. 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”.*

Es por tanto un negocio jurídico por medio del cual el titular del derecho de dominio de un bien, traslada a otro algunas de las facultades que se desprenden de ese principal derecho real, cuales son el uso y disfrute del mismo. Es de la esencia del comodato, según lo previsto en el artículo 2200 citado, que dichas facultades se otorguen sin contraprestación económica, esto es, en forma gratuita; de manera que si el comodatario adquiere una prestación correlativa de este tipo, se desnaturaliza el negocio jurídico.

El comodato se caracteriza por ser real, esto es, requiere de la entrega de la cosa para su perfeccionamiento, y por ser un contrato principal, porque existe con independencia de otro negocio jurídico.

La ley 9 de 1989<sup>3</sup> también definió el contrato de comodato así:

*“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.”*

Si bien es cierto que la citada ley 9 no alude expresamente las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, como lo es la entidad aquí demandada, cabe tener en cuenta que las mismas son entidades públicas quienes, por tanto, están sometidas a los fundamentos y condiciones que tales normas regulan, respecto del comodato.

Mediante la lectura del citado artículo 38 se deduce la consagración de una prohibición respecto de la celebración de contratos de comodato con personas distintas a las allí señaladas y una condición legal esencial para que los contratos que estaban en curso a la fecha de entrada en vigencia de dicha ley con personas distintas a las referidas en la norma pudiesen continuar.<sup>4</sup>

Así, la ley 9 de 1989 dispuso una condición para la prórroga de los contratos de comodato suscritos con sujetos ajenos a “*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 fue que se renegociaran para limitar su término a 3 años renovables, contados a partir de la promulgación de la ley.

*El artículo 355 de la Constitución Política.*

---

<sup>3</sup> Por medio de la cual se dictaron normas sobre planes de desarrollo municipal, compraventa y expropiación de bienes.

Con el propósito de prohibir los denominados auxilios con cargo al erario público y en favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado, el Constituyente de 1991 determinó en el inciso 1 del artículo 355 lo siguiente:

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

Previó además en su inciso 2 la posibilidad de que las entidades públicas celebraran contratos con entidades sin ánimo de lucro, para impulsar programas y actividades de interés público, así:

*“El gobierno, en los niveles nacional, departamental, distrital y municipal podrá, 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”.*

En el entendido de que el comodato tiene por objeto entregar un bien de una entidad pública a otro sujeto sin contraprestación alguna, la Sala considera que el comodato está comprendido dentro de los supuestos a que alude dicha disposición y, por ende, debe tener por causa el *impulso de programas y actividades de interés público*.

Advierte además que dicho negocio puede celebrarse con entidades públicas y con sujetos privados sin ánimo de lucro.

Encuentra entonces la Sala que el negocio jurídico denominado comodato debe someterse también a las normas que han reglamentado el citado artículo 355, como lo es el decreto 777 de 1992, que dispuso como requisito de existencia de los contratos que se celebren en desarrollo de lo previsto en citado inciso 2 del artículo 355, lo siguiente:

---

<sup>4</sup> El artículo 128 de la ley dispuso que la vigencia de la misma se daría a partir de la fecha de su publicación en el Diario Oficial, que se produjo el 11 de enero de 1989.

*“Art. 1º. Los contratos que en desarrollo de lo dispuesto en el segundo inciso del artículo 355 de la Constitución Política celebren la Nación, los Departamentos, Distritos y Municipios con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad, con el propósito de impulsar programas y actividades de interés público, deberán constar por escrito y se sujetarán a los requisitos y formalidades que exige la ley para la contratación entre los particulares, salvo lo previsto en el presente decreto y sin perjuicio de que puedan incluirse las cláusulas exorbitantes previstas por el decreto 222 de 1983”.*(Se subraya).

El artículo 2 del precitado decreto 777 dispuso también lo siguiente:

*“Art. 2º. Están excluidos del ámbito de aplicación del presente decreto:*

*1. Los contratos que las entidades públicas celebren con personas privadas sin ánimo de lucro, cuando los mismos impliquen una contraprestación directa a favor de la entidad pública, **y que por lo tanto podrían celebrarse con personas naturales o jurídicas privadas con ánimo de lucro, de acuerdo con las normas sobre contratación vigente**”.* (Resalta la Sala)

Se tiene entonces que el inciso segundo del artículo 355 de la Constitución regula una categoría especial de contratos, que comprende el de comodato y que puede celebrarse con personas naturales o jurídicas de derecho privado, con y sin ánimo de lucro, con recursos de entidades públicas, siempre que tengan por objeto impulsar programas y actividades de interés público.<sup>5</sup>

En efecto, el comodato ha sido utilizado como instrumento de cooperación entre las entidades públicas y entre estas y los sujetos de derecho privado, para impulsar programas de interés público desarrollados, generalmente, por sujetos sin ánimo de lucro.

Resulta pertinente tener en cuenta lo expresado por la Sala respecto de los elementos y características del comodato, en particular del requisito esencial relativo a la tradición del derecho de uso del bien y de la importancia de su prueba:

*“El artículo 2.200 del Código Civil define el comodato 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 de restituir la misma especie después de terminar el uso’ y cuya perfección se logra únicamente con la tradición de la cosa, debiendo entenderse éste último vocablo simplemente como su entrega, dado que el comodante no se desprende ni de la propiedad, ni de la posesión, permitiendo únicamente su uso.*

*(...)*

*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 <sup>6</sup>. En tal sentido el articulado del Código Civil dispone:*

*. **2.202:** la restricción para el comodatario de usar la cosa únicamente para el uso convenido y a falta de éste para el uso ordinario propio a su naturaleza;*

*. **2.003 y 2.004:** la obligación para el comodatario de emplear el mayor cuidado en la conservación de la cosa y responder hasta de culpa levísima, leve o lata según que el comodato se hubiere acordado en pro del comodatario, de ambas partes o del comodante, siendo responsable de todo deterioro que no provenga de la naturaleza o del uso legítimo de la cosa;*

*.**2.005:** la obligación del comodatario de restituir la cosa prestada en el tiempo convenido, pudiéndose exigir la restitución antes de tiempo ante la muerte de comodatario, la aparición en el comodante de una obligación imprevista y urgente de la cosa.*

*De esas mismas disposiciones se observa que en caso de contravención por el comodante de su obligación de uso de la cosa para el fin convenido, surge el derecho del comodante para exigir la reparación de todo perjuicio y la restitución inmediata del bien (**art. 2.202**) y que el comodatario sólo responde por caso fortuito cuando le ha dado un uso indebido, ha demorado su restitución salvo que se probare que el deterioro o pérdida por caso fortuito*

---

<sup>5</sup> Al respecto se pronunció la Sala de consulta y servicio civil en conceptos 416 de 1991, 504 del 22 de abril de 1993; 726 de 1995; 994 de 1997; 962 de 1997, 1017 de 1997, 1077 de 1998 y 1129 de 1998.

<sup>6</sup> *Ibidem.*

*hubiera sobrevenido igualmente sin el uso ilegítimo o la mora, cuando éste ha sobrevenido por culpa suya, cuando en la alternativa de salvar de un accidente la cosa prestada o la propia “( ) ha preferido deliberadamente la suya” y cuando expresamente se ha hecho responsable del caso fortuito (art. 2.203).*

*(...)*

*Es así que como el contrato de comodato es real sólo se perfecciona con la entrega física del bien objeto del mismo, entrega que necesariamente debe estar acompañada de medios probatorios eficientes para establecer el estado de conservación y funcionamiento, de suerte que sea factible confrontar y verificar en cualquier instante y durante la vigencia del contrato, si el bien requiere determinadas labores de reparación y mantenimiento acordes con las condiciones originales que presentó al momento de ser recibido por el comodatario, circunstancias que generan la exigibilidad frente a éste y que permiten establecer en sede jurisdiccional la fuente de la indemnización contractual.”<sup>7</sup>(Se subraya).*

También es muy relevante tomar lo expuesto por la Sala en sentencia 30232 del 4 de diciembre de 2006, que aludió a la evolución normativa de los contratos de las entidades públicas y afirmó que, ante la inexistencia de una regulación expresa para los negocios de comodato celebrados por la entidades publicas en 1965, debía acudirse a lo previsto en el Código Civil; dijo:

*“(...) Se observa entonces que para el 30 de septiembre de 1965, fecha para la cual fue celebrado el contrato de comodato No. 0496 de 1965, no existía un régimen especial de contratación de la Administración Pública en estricto sentido, que regulara los parámetros y aspectos de contratación para las entidades nacionales o territoriales, como lo era el entonces municipio y hoy el Distrito Capital de Bogotá, puesto que para esa época apenas se admitía en el derecho colombiano, que los particulares pudieran, conjuntamente con el Estado, colaborar en el cumplimiento de los cometidos estatales y la satisfacción de las necesidades de la comunidad.*

---

<sup>7</sup> Sentencia 15898 proferida el 1 de marzo de 2006:



*Se concluye entonces, que el citado contrato estuvo regulado por las normas del Código Civil, artículos 2200 a 2220, las cuales reglamentan los derechos y obligaciones de las partes en esta clase de contratos; .....*”

### **3.2 El comodato invocado en el caso concreto**

La Sala en consideración a que no existen medios de prueba para establecer la existencia o la fecha en que se configuró el alegado comodato, tomará en cuenta lo expuesto precedentemente para definir las condiciones a que estaba sometido este negocio, según que se hubiere perfeccionado antes de la Constitución de 1991 o en vigencia de ella:

.- Las entidades públicas pueden celebrar contratos de comodato con entidades públicas o con entidades privadas sin ánimo de lucro con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el plan nacional y los planes seccionales de desarrollo.

.- Los contratos que se celebren en desarrollo de lo dispuesto en el segundo inciso del artículo 355 con entidades privadas sin ánimo de lucro, dentro de los cuales está el comodato, deben constar por escrito y se sujetarán a los requisitos y formalidades que exige la ley para la contratación entre los particulares.

.- Cuando el contrato se celebre con personas privadas sin ánimo de lucro, resulta indispensable acreditar respecto de ellas su *reconocida idoneidad*.

Ahora bien, las normas de contratación vigentes, como las contenidas en la ley 80 de 1993, prevén requisitos de existencia, validez y ejecución del contrato estatal que deben cumplirse, sin perjuicio de que se pueda acudir a lo previsto en el Código Civil respecto del contenido del contrato de comodato, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 13 de dicha ley.<sup>8</sup>

### **3.3 Conclusión**

Definidos los elementos que determinan la existencia del contrato de comodato que celebran las entidades públicas y las condiciones que orientan su validez, procede la Sala a establecer su cumplimiento en el caso concreto.

.- La entrega del bien.

Como se advirtió precedentemente el contrato de comodato, a la luz de lo dispuesto en el Código Civil se perfecciona con la entrega de la cosa, de manera que la prueba de este hecho es fundamental para deducir su existencia.

En el evento de creer que el comodato que se invoca en el caso concreto se produjo con anterioridad a la vigencia de la Constitución de 1991; al considerar que no se somete a las condiciones previstas en la ley 9 de 1989 porque esta no cobijaba al ISS y en el entendido de que este negocio jurídico requiere para su existencia, la tradición del derecho objeto del comodato, cual es el uso y goce del bien, conforme lo prevé el Código Civil, la Sala advierte que este requisito esencial no se encuentra acreditado.

En efecto, no se demostró la entrega a título de comodato del piso 9 de la Clínica San Pedro Claver; no se acreditaron las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se produjo el alegado traslado del derecho de uso y goce del bien. La afirmación que al efecto hace la parte actora en su demanda y la declaración de parte que rindió en este proceso no son medios demostrativos de este fundamental elemento del comodato. Por esta razón la Sala concluye que, aún sometido a las condiciones del Código Civil, la existencia del negocio jurídico tantas veces invocado, no se demostró.

La forma escrita

La forma escrita requerida en las normas que regulan los contratos a que alude el inciso 2, artículo 355 de la Constitución, como se indicó, es condición esencial del comodato que celebren las entidades públicas con sujetos particulares. Por esta razón, la Sala advierte que, en el evento de considerar prorrogado o configurado el alegado contrato de comodato, en vigencia de la Constitución y del citado decreto 777, resultaba imperante para el actor aportar,

---

<sup>8</sup> Así lo explicó la Sala de Consulta y Servicio Civil luego de advertir la concordancia conceptual existente

en copia auténtica, el texto del negocio jurídico debidamente suscrito por el representante legal de la entidad, que diera cuenta de su objeto, plazo y del propósito conjunto de impulsar programas y actividades de interés público acordes con la actividad de la entidad pública comodante.

En efecto, el actor no demostró que el invocado comodato hubiese tenido por causa el desarrollo o promoción de actividades en beneficio público o común; por el contrario, de lo expuesto en su demanda y de lo afirmado por el único testimonio que obra en el expediente, se advierte que en el piso que ocupaba el señor Bautista funcionaba una cafetería explotada en su propio beneficio.

Y en el entendido de que los anteriores requisitos debían cumplirse de acuerdo con las normas sobre contratación vigente, cabe resaltar que el actor tampoco demostró su sometimiento a lo dispuesto en la ley 80 de 1993, en lo que respecta a los requisitos de existencia, validez y ejecución del contrato estatal, sin perjuicio de que se pudiera acudir a lo previsto en el Código Civil, respecto del contenido del contrato de comodato, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 13 de dicha ley.

Advierte así mismo la Sala que el testimonio rendido por un sujeto que afirmó ser funcionario de la entidad para la época en que se produjo la recuperación del bien, no es conducente para acreditar la existencia del comodato, ni para deducir cumplidos sus elementos esenciales, particularmente el relativo al consentimiento otorgado por el representante legal de la entidad en documento auténtico.

Aún en el evento de considerar que el aludido negocio existió porque se acató el requisito de la entrega a que alude el Código Civil aplicable a los comodatos no sometidos a la legislación que se adoptó a partir de la Constitución de 1991, cabe igualmente inferir su inexistencia para la fecha en que, se alega, se produjo el desalojo, como quiera que de la ley 80 de 1993, se deduce para las prórrogas de un contrato en ejecución, la formalidad escrita, porque la naturaleza estatal de la entidad comodante, sometía sus actos a dicha ley y, por ende, a la formalidad esencial que señalada para la celebración de los contratos estatales y para sus adiciones.

Dicho en otras palabras, de considerar que el negocio existente entre las partes se prorrogó anualmente desde 1979, como lo alegó el actor, cabría deducir que la renovación pretendida para 1994 debía someterse a la forma escrita. Y ante la carencia de un documento demostrativo de que este requisito legal se cumplió, concluye fácilmente la Sala que, a la fecha en que se produjo la devolución del bien a la entidad, el negocio no existía, como tampoco obligación alguna a cargo de la ahora demandada.

#### **4. El alegado desalojo irregular**

A pesar de que lo expuesto precedentemente resulta suficiente para negar las pretensiones formuladas con fundamento en que la entidad incumplió el contrato de comodato, la Sala encuentra necesario analizar este aspecto en consideración a que, para el Ministerio Público, está probada la responsabilidad de la entidad por haber desalojado al actor sin utilizar las vías legales.

La Sala, a diferencia de lo afirmado por el actor y la Procuraduría, no encuentra probado que la entidad hubiera utilizado procedimientos arbitrarios o irregulares para recuperar el bien. Obra únicamente el testimonio de un funcionario de la entidad en el que afirma que el ahora actor devolvió el bien a la entidad para que se realizara una actividad puntual; que a la terminación de la misma el demandante no volvió y que esta circunstancia coincidió con la realización de las obras de remodelación y conservación del inmueble que adelantó la demandada. Todo lo cual conduce a deducir que el señor Bautista accedió a devolver el bien.

Se advierte además que, como no obra prueba indicativa de que las partes fijaron un plazo para el comodato y como tampoco se demostró un acuerdo respecto de prórrogas automáticas al alegado comodato, no procede concluir una violación por la entidad del invocado comodato.

Dicho en otras palabras, además de que el actor no probó su derecho a permanecer en el inmueble, tampoco obran medios de prueba que acrediten la manera como se produjo la salida del bien, pues de lo afirmado por el actor y de lo expuesto por un testigo no se infiere este hecho.

Todo lo anterior conduce a considerar bien denegadas las súplicas de la demanda, porque no se conciben contratos estatales indefinidos; porque si el contrato era de aquellos privados de la administración, de carácter consensual prorrogado sucesivamente, debió demostrarse al menos la entrega del bien y porque de considerar celebrado el contrato en vigencia de la Constitución de 1991 o de la ley 80 de 1993 debió aportarse el documento que lo contiene.

Por lo expuesto se confirmará la sentencia de primera instancia, sin condenar en costas a la parte actora en aplicación de lo previsto en el artículo 55 de la ley 446 de 1998, modificadorio del artículo 171 del C.C.A., aplicable al presente caso, por ser una norma procesal de aplicación inmediata.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

#### **FALLA**

1. CONFIRMASE la sentencia apelada, esto es, la proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 5 de marzo de 1998.

2. Sin costas.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CUMPLASE Y DEVUÉLVASE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.**

**RUTH STELLA CORREA PALACIO**

**ENRIQUE GIL BOTERO**

**MAURICIO FAJARDO GÓMEZ**

**RAMIRO SAAVEDRA BECERRA**