

MEMORANDO

Bogotá, D. C.,

PARA: **ANDREA CORTES SALAZAR**
Coordinadora Grupo Agroquímicos, proyectos especiales,
Compensaciones y 1%.

DE: **ROBERTH LESMES ORJUELA**
Jefe Oficina Asesora Jurídica

ASUNTO: Solicitud de apoyo jurídico Contrato de Comodato.

RAD: 4120-3-9724 – 4120-3-9726.

De acuerdo a su solicitud, con el fin de determinar si un contrato de comodato es un mecanismo adecuado para garantizar la conservación de predios con interés ecosistémico con cargo a la inversión de no menos del 1%, teniendo en cuenta que el mismo es dirigido de una entidad privada a una pública, procede la Oficina Asesora Jurídica a brindar el apoyo jurídico solicitado:

Inicialmente es necesario precisar que en el artículo 79 de la Constitución Política, se reconoció el derecho de toda persona a gozar de un medio ambiente sano, lo que conlleva una obligación de conservación y preservación del mismo.

Por lo que la misma Carta otorgó a las autoridades ambientales la función de planificar el manejo de los recursos naturales, administrar el recurso hídrico y regular su uso, adquiriendo el Estado la condición de garante de la buena administración de los recursos, en especial el hídrico, siendo necesaria la adopción de medidas a fin de garantizar su preservación.

La Corte Constitucional, se ha pronunciado sobre el tema enfatizando que: *"Dada la complejidad de la protección y conservación del agua, así como de los ecosistemas asociados a ella, las actividades que involucran el uso del recurso están sujetas no sólo a los principios constitucionales generales, sino también a los principios propios del derecho ambiental como el de solidaridad, humildad, "el que contamina paga", precaución y prevención, entre otros, que han sido elevados por la Carta de 1991 a rango constitucional".¹*

¹ Corte Constitucional C-220-11 M.P Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

Ahora bien, se entiende el comodato o préstamo de uso, según el artículo 2200 del Código Civil, como un contrato en que una de las partes entrega a la otra gratuitamente una especie mueble o inmueble, para que haga uso de ella, y con cargo de restituir la misma especie después de terminar el uso, el cual se perfecciona con la tradición de la cosa.

De lo anterior se desprende que esta figura jurídica tiene características definidas:

- Tradición de la cosa.
- Gratuidad del contrato,
- Restitución de la cosa entregada a título de comodato.

En ese orden, dentro del contrato de comodato el perfeccionamiento se da por la tradición de la cosa, entendida como la entrega, sin que ello signifique por parte del comodante, la transferencia del dominio que puede tener sobre el bien, otorgando al comodatario únicamente el derecho de uso y goce, y conservando para sí el de disposición.

Al respecto se pronunció el Consejo de Estado en sentencia de 12 de noviembre de mil 1981, aduciendo: *"Pero posiblemente lo que ha llamado a confusión, es el texto del inciso segundo del Art. 2200 del C.C. que es del siguiente tenor: "este contrato —se refiere al comodato— no se perfecciona sino por la tradición de la cosa". A primera vista la palabra tradición, por regla general, ha de tomársela en el sentido que le asigna el Art. 740 del mismo código, según el cual es un modo de adquirir el dominio de las cosas, y consiste en la entrega que el dueño hace de ellas a otro, habiendo por una parte la intención de transferir el dominio, y por otra la capacidad e intención de adquirirlo.*

Pero no es este el sentido en que hade interpretarse la palabra "tradición" para el caso específico del contrato de comodato; por el contrario, en esta eventualidad tal acepción es sinónima de simple entrega; a ello se llega de la reglamentación misma del comodato y lo que es más, de su propia naturaleza específica.

En efecto el Art. 2201 del C. C. le reserva el comodante "todos los derechos que antes tenía, pero no su ejercicio, en cuanto fuere incompatible con el uso concedido al comodatario", esto se halla en armonía con el Art. 775 del mismo Código que llama "tenencia" la que se ejerce sobre una cosa no como dueño, sino en lugar y a nombre del dueño" el usuario, según esta norma, es un mero tenedor.

Pero además, el Art. 2203 del C.C. impone al comodatario la obligación de emplear el mayor cuidado en la conservación de la cosa "y lo hace responsable hasta de la culpa levísima", lo que equivale al máximo de la responsabilidad contractual, y el Art. 2205 del C. C. dispone que el comodatario es obligado a restituir la cosa prestada (subraya la Sala) en el tiempo convenido, o a falta de convención, después del uso para que ha sido prestada. (Subraya la Sala).

Las normas citadas serían suficientes para entender los alcances de la palabra tradición empleada por el Art. 2200 del C.C; además, la acepción comodato es sinónima de préstamo

de uso, lo que quiere decir que dada su propia naturaleza el propietario o quien entregue una cosa a otra persona a título de comodato, lo hace simplemente para que se la use, mas no transfiere el dominio sobre la misma".

En cuanto a la gratuidad del contrato, se hace referencia a que el derecho que otorga el comodante al comodatario, se da, sin la exigencia contraprestación alguna.

Sin embargo, el contrato de comodato, está sometido a una condición suspensiva que retrotrae los derechos cedidos por el comodante, una vez se termine el uso, lo que obliga a la restitución del bien una vez finalizadas las actividades y/o cumplidos los propósitos, por los cuales o para los cuales fue entregado.

Circunstancia relevante si se tiene en cuenta que de acuerdo con lo consagrado en la Ley 99 de 1993 y específicamente en el parágrafo del Artículo 43: *"Todo proyecto que involucre en su ejecución el uso del agua, tomada directamente de fuentes naturales, bien sea para consumo humano, recreación, riego o cualquier otra actividad industrial o agropecuaria, deberá destinar no menos de un 1% del total de la inversión para la recuperación, preservación y vigilancia de la cuenca hidrográfica que alimenta la respectiva fuente hídrica. El propietario del proyecto deberá invertir este 1% en las obras y acciones de recuperación, preservación y conservación de la cuenca que se determinen en la licencia ambiental del proyecto".*

En tal sentido, el literal C, del artículo 5 del Decreto 1900 de 2006, estableció:

Artículo 5: *"Destinación de los recursos. Las inversiones de que trata el presente decreto, se realizarán en la cuenca hidrográfica que se encuentre en el área de influencia del proyecto objeto de licencia ambiental, de acuerdo con lo dispuesto en el Plan de Ordenación y Manejo de la Cuenca Hidrográfica que incluya la respectiva fuente hídrica de la que se toma el agua.*

En ausencia del respectivo Plan de Ordenación y Manejo de la Cuenca Hidrográfica, los recursos se podrán invertir en algunas de las siguientes obras o actividades:

c) La adquisición de los predios y/o mejoras en zonas de páramo, bosques de niebla y áreas de influencia de nacimiento y recarga de acuíferos, esteras fluviales y rondas hídricas. En este caso la titularidad de los predios y/o mejoras, será de las autoridades ambientales". (Se subraya fuera del texto).

En virtud de lo anterior, se concluye que para garantizar la conservación de los predios con interés ecosistémico que se adquieren como una actividad con cargo a la inversión de no menos del 1%, éste debe ser adquirido y entregado su dominio absoluto a la autoridad

ambiental que haya autorizado el aprovechamiento del recurso hídrico, de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 1900 de 2006.

Razón por la cual la figura del contrato de comodato no es viable jurídicamente y tampoco se adecua a los presupuestos legales para el cumplimiento de la obligación de inversión de no menos del 1% por el aprovechamiento de los recursos hídricos naturales, teniendo en cuenta que no es posible garantizar los propósitos señalados en la norma; no es posible determinar el tiempo necesario para la ejecución de obras y acciones tendientes a la recuperación, preservación y conservación de la cuenca determinada en la licencia ambiental y la obligatoriedad de restituir los bienes entregados en comodato, claramente contraria los fines normativos.

Cordialmente,

ROBERTH LESMES ORJUELA

Jefe Oficina Asesora Jurídica

Elaboró: Liliana Andrea Rodríguez Mesa—Abogada OAJ—ANLA

Revisó: Julián David Benítez Rincón—Abogado OAJ—ANLA

En tal sentido, el literal C, del artículo 5 del Decreto 1900 de 2006, establece:

Artículo 5. "Destinación de los recursos. Las inversiones de que trata el presente decreto, se realizarán en la cuenca hidrográfica que se encuentre en el área de influencia del proyecto objeto de licencia ambiental, de acuerdo con lo dispuesto en el Plan de Ordenación y Manejo de la Cuenca Hidrográfica que incluya la respectiva fuente hídrica de la que se toma el agua.

En ausencia del respectivo Plan de Ordenación y Manejo de la Cuenca Hidrográfica, los recursos se podrán invertir en algunas de las siguientes obras o actividades:

(c) La restauración de los predios y/o mejoras en zonas de páramo, pastos, de riego y áreas de influencia de páramo y zonas de senderos, esteros, humedales y riberas; la construcción de infraestructura de los predios y/o mejoras, así como de las actividades de conservación de los recursos hídricos.