

República de Colombia

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN CIVIL

Magistrado Ponente

EDGARDO VILLAMIL PORTILLA

Bogotá, D.C., cuatro de agosto de dos mil ocho

Ref.: Exp. No. 68001-3103-009-2000-00710-01

Se decide el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 4 de abril de 2006, dictada por la Sala Civil-Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, providencia que sirvió de epílogo al proceso ordinario iniciado por la Caja Santandereana de Subsidio Familiar “Cajasán” contra el Municipio de Bucaramanga.

ANTECEDENTES

1. Este juicio fue promovido para que se declarara que entre la demandante y el demandado hubo un contrato de comodato, en virtud del cual el Municipio de Bucaramanga cedió a “Cajasán” el uso de un lote de terreno propiedad de aquél. Se pidió que la jurisdicción declarara que el comodatario incorporó mejoras al predio y que por tanto tiene derecho a que el comodante le pague el valor de ellas.

2. Las pretensiones tienen origen en los siguientes supuestos de hecho:

2.1. El 25 de agosto de 1969 las partes celebraron un contrato de comodato por el término de treinta años; en virtud de tal acto, la demandante recibió del demandado el lote de terreno ubicado en la Calle 53 No. 21-25 de la ciudad de Bucaramanga, para que allí se construyera una concentración escolar, edificación que debía ser sometida a la aprobación de la Oficina de Planeación del municipio mencionado. Asimismo, el comodatario quedó facultado “para efectuar

las mejoras y demás obras que se requieran para la construcción de las aulas escolares”.

2.2. A través de escritura pública No. 848 de 13 de abril de 1973, debidamente inscrita en la Oficina de Registro de Instrumentos, la demandante denunció la construcción del edificio por ella levantado sobre el predio recibido en comodato.

2.3. La Lonja de Propiedad Raíz, a instancias de la demandante, avaluó la construcción en la suma de \$345'697.200.00 y asignó al lote un valor de \$ 359'312.000.00.

2.4. Vencido el término del contrato y después de un intercambio de opiniones y misivas, el 7 de enero de 2000 la parte demandante restituyó el inmueble al comodante, anteponiendo, eso sí, que el Municipio de Bucaramanga debería reconocerle el valor de las mejoras que hizo.

2.5. El 27 de enero de 2000, ante la Procuraduría se intentó infructuosamente zanjar las diferencias existentes entre “Cajasán” y el Municipio de Bucaramanga, fracaso que llevó a aquélla a reclamar judicialmente al propietario el pago de la construcción puesta en la heredad, todo de conformidad con el artículo 739 del Código Civil.

3. El demandado se opuso a las pretensiones, planteó con tal propósito un alegato sobre la “inexistencia de la obligación demandada” y adujo, además, que en la cláusula tercera del contrato las partes convinieron en que al finalizar el comodato, las obras realizadas por el comodatario pasarían “a ser de exclusiva propiedad del Municipio”, por lo que nada debía pagar por ellas.

4. El a quo declaró probada la existencia de las mejoras, pero negó que se hubiera celebrado un comodato entre las partes, en tanto juzgó que este negocio jurídico es esencialmente gratuito y, por ende, la circunstancia de haberse acordado que la construcción realizada por el comodatario pasaría a ser de propiedad del Municipio, cambiaba la naturaleza del contrato, el cual mudaba en uno diferente.

5. El Tribunal Superior de Bucaramanga, al desatar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, confirmó la sentencia apelada, salvo en aquello de la imposibilidad del contrato de comodato -cuya existencia reconoció-, aunque de todos modos desechó el reclamo de las mejoras que dijo haber hecho el comodatario.

## LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

1. El ad quem teorizó acerca de la esencia gratuita del comodato, reconoció que es un contrato real y puso de presente sus variedades de propio y precario, luego de lo cual se refirió al equívoco que trae el artículo 2200 del Código Civil cuando hace referencia a la tradición, pues anotó que dicho tipo de acuerdos se perfeccionan con la simple entrega de la cosa. Añadió que en el contrato celebrado no se convino contraprestación a cargo del comodatario y que si ello hubiera acontecido, se habría desnaturalizado el acto y convertido en otro distinto, probablemente de arrendamiento.

2. Concluyó el Tribunal que lo que las partes celebraron fue un contrato de comodato, pues “la ausencia de contraprestación a cargo de la parte comodataria así lo indica”, por lo que ese juzgador no compartió “la apreciación que sobre el tema hace la primera instancia que considera que se pactó una contraprestación...”.

3. Hurgando en las estipulaciones del acto, el ad quem no halló la retribución en favor del

comodante, ya que “entre tales obligaciones -dijo- no aparece, como a cambio del préstamo, contraprestación alguna”.

4. Encontró sí el Tribunal una contradicción en el planteamiento hecho en la demanda, pues, según dijo, “no se entiende cómo se pretende que se reconozca que el contrato era de comodato y, al tiempo, que se imponga al comodante una obligación derivada del contrato”, lo cual, en su criterio, pugna con la esencia de ese negocio jurídico.

5. En el arrendamiento y en el comodato, agregó ese despacho, no se puede imponer carga alguna por razón de las mejoras útiles, pues si éstas se reconocieran, la devolución del bien podría tornarse poco menos que imposible, en tanto dichas mejoras pudieran ser más valiosas que el mismo inmueble. Entonces, como el comodatario y el arrendatario tienen conciencia de que la cosa en su poder es ajena y que tarde o temprano inexorablemente ha de ser devuelta al comodante o al arrendador, el artículo 2216 excluyó todo reconocimiento por mejoras útiles en favor del comodatario y a cargo del comodante.

6. Descartó el ad quem la aplicación del artículo 739 del Código Civil que regula la accesión, de la cual dijo “que por ser general solo tiene aplicación general” y, por lo mismo, es impertinente para cuestiones contractuales, máxime si el contrato de que se trata, sea arrendamiento o comodato, tiene reglas específicas aplicables al caso, previsión que resulta hostil a que se haga analogía por fuera de las figuras contractuales, como cuando se acude indebidamente a las disposiciones de la accesión, pues primero debe indagarse sobre las reglas del contrato más semejante, en este caso las que gobiernan el arrendamiento.

Vistas así las cosas, concluyó el Tribunal que en el contrato “no se pactó nada distinto de lo que ya el Derecho tiene establecido: el comodante se hace dueño de las mejoras plantadas por el comodatario. Pero no existe obligación del comodante de pagar tales mejoras, salvo que en el contrato así se hubiera pactado 'pues en tal evento, como en el arrendamiento, habría tenido que pagarlas'”.

## LA DEMANDA DE CASACIÓN

Con apoyo en la causal primera del artículo 368 del C. de P. C., el recurrente formuló tres cargos contra la sentencia del Tribunal. Todos se despacharán con las mismas consideraciones por ser idéntica la temática que en ellos se plantea y en atención a la identidad de razones empleadas para dispensar la solución.

### CARGO PRIMERO

Acudió el demandante a la causal primera del artículo 368 del C. de P. C., para acusar que hubo “violación directa” de los artículos 1494, 1502, 1602, 1603, 2200, 2202, 2216, 2217, 965, 966, 1994, 739 y 713 del Código Civil y 8° de la Ley 153 de 1887.

Para el recurrente, la violación vino de omitir la aplicación de las disposiciones que gobiernan el asunto, así como de haber hecho obrar para la composición del litigio normas extrañas a él; y finalmente, por aplicar las reglas pertinentes pero atribuyéndoles una inteligencia distinta.

A su juicio, que el legislador apenas hubiese contemplado en los artículos 2216 y 2217 del Código Civil el pago de las expensas necesarias y las indemnizaciones, no excluye que sea de cargo del comodante el pago de las construcciones que hubiere levantado el comodatario, pues si ellas fueron puestas con pleno conocimiento y aquiescencia del comodante, en esa situación debe

operar el artículo 739 del Código Civil.

Entonces, prosigue el censor, la interpretación del Tribunal es desacertada por cuanto si bien es verdad que las normas que regulan el contrato de comodato, especialmente los artículos 2216 y 2217 del Código Civil, reconocen al comodatario las expensas hechas para la conservación de la cosa y los perjuicios por la mala calidad del objeto prestado, ello no libera al comodante de la obligación de pagar el valor de la construcción que el comodatario haya levantado en el predio dado en préstamo de uso, si es que tal edificación fue hecha con pleno conocimiento del comodante y con su autorización; por consiguiente, a pesar de que el comodante se haga propietario de las construcciones, esa consecuencia no excluye que deba pagarlas en aplicación del inciso 2º del artículo 739 del Código Civil, que en este supuesto viene a integrar las reglas que disciplinan el contrato celebrado entre las partes.

Agrega que el artículo 2216 del Código Civil manda que las “expensas extraordinarias” sean a cargo del comodante, sin embargo este concepto difiere radicalmente al de “mejoras útiles”, lo que permite concluir que las normas que gobiernan el contrato de comodato, en ninguna parte rechazan la compensación por las mejoras útiles puestas por el comodatario.

También anota que conforme al artículo 739 del Código Civil, si el comodante se hace dueño de las mejoras con que se ha dotado un inmueble, dicho propietario debe pagarlas al comodatario, en aplicación del principio que reprocha el enriquecimiento injusto.

Luego de invocar el artículo 1994 del Código Civil, el demandante recuerda que “el arrendador no es obligado a rembolsar el costo de las mejoras útiles en que no ha consentido con la expresa condición de abonarlas”; no obstante, como en el contrato de comodato no existe una disposición semejante al referido artículo 1994, debe ser aplicado el inciso 2º del artículo 739 del Código Civil, dado que el postulado que proscribe el enriquecimiento injusto subyace en la composición del litigio, por tratarse de un principio general de derecho que debe ser reconocido por disposición del artículo 8º de la Ley 153 de 1887.

En ese contexto, continúa el casacionista, tampoco fueron aplicados los artículos 1494, 1502, 1602 y 1603 del Código Civil, por haber dejado de ver cómo las partes aceptaron expresamente que en razón del contrato de comodato la demandante construiría un centro educativo con el consentimiento expreso del demandado y que al final del mismo la edificación pasaría a ser de propiedad del Municipio, con las consecuencias propias de la accesión.

Para el recurrente, el Tribunal desconoció las diferencias existentes entre los conceptos de expensas necesarias y mejoras útiles, según los artículos 965 y 966 del Código Civil, reglas que dejó de aplicar por rondar en procura de una analogía inexistente con el contrato de arrendamiento y emplear el artículo 1994 del Código Civil, norma aplicada indebidamente, pues si los preceptos que orientan el contrato de comodato sólo gobiernan el caso de las expensas necesarias, ello no significa que el reconocimiento de las mejoras útiles quede en el aire, ya que si ha mediado el consentimiento del propietario, se debe integrar este hecho dentro de los supuestos de la accesión de acuerdo con el artículo 731 del Código Civil, precepto que no tuvo en cuenta el Tribunal.

Por todo lo anterior, reclama el recurrente que sea casada la sentencia del ad quem, para que en el fallo sustitutivo se revoque la decisión del juzgado y se acojan las súplicas de la demanda.

**CARGO SEGUNDO**

Con sujeción a la causal primera del artículo 368 del C. de P. C., el demandante denuncia esta vez que hubo violación indirecta de la ley sustancial por errores de hecho en la apreciación de la prueba, circunstancia que condujo a la trasgresión de los artículos 1494, 1502, 1602, 1603, 1618, 1622, 2200, 2202, 2216, 2217, 965, 966, 1994, 739 y 1713 del Código Civil, así como del artículo 8º de la Ley 153 de 1887. Igualmente, refiere que se desconoció el numeral 2º del artículo 101 del C. de P. C. y el numeral 4º del artículo 103 de la Ley 446 de 1998.

Aduce el impugnador que las citadas normas sustanciales fueron violadas por el Tribunal, por haber cometido errores de hecho en la apreciación de las pruebas que reposan en el expediente.

Para sustentar el cargo, el recurrente afirma que está acreditado en el proceso el contrato de comodato celebrado entre las partes; que “Cajasán” levantó la edificación donde se fundó el centro educativo estando facultada expresamente por el Municipio; que hubo pacto acerca de que al final del contrato la edificación y las mejoras pasarían a ser propiedad del comodante; y que el bien fue efectivamente entregado al comodante, quien se ha negado a pagar el valor de la construcción.

Asimismo, endilga al Tribunal no haber valorado la inasistencia injustificada del representante del Municipio y su apoderado a la audiencia de conciliación de que trata el artículo 101 del C. de P. C., lo que constituye un indicio grave en contra de las excepciones de mérito propuestas por el demandado, como también lleva a que se tengan por ciertos los hechos susceptibles de prueba de confesión como fueron descritos en la demanda.

Acusa, además, que el sentenciador incurrió en error de hecho en la interpretación del contrato, pues le hizo decir “lo que ciertamente el contrato no dice”, ya que de la lectura de las cláusulas de la convención, dedujo que el comodante no está obligado a pagar las mejoras, desconociendo que el Municipio autorizó expresamente a “Cajasán” para que las hiciera, y si bien se convino en que las obras “pasaban a ser propiedad del Municipio de Bucaramanga a la terminación del contrato, lo anterior no significa de ningún modo y bajo ningún respecto que el municipio de Bucaramanga no tuviera obligación de reconocer su valor y que esta fuera la intención de las partes, intención que naturalmente el Tribunal se inventó, por cuanto desfiguró el claro contexto contractual porque olvidó de una manera evidente lo que era manifiesto y ostensible en dicho texto...”.

Prosigue el casacionista argumentando “que al no haber interpretado el contrato de una manera armónica no tuvo en cuenta el Tribunal que le era aplicable al texto del mismo, el principio contenido en el inciso 2º del artículo 739 del Código Civil (...) norma que por consiguiente, en aplicación del artículo 1603 del Código Civil hacía parte integrante fundamental del contrato de comodato y a cuya irradiación debía el Tribunal haber interpretado el real sentido y voluntad de las partes, cual lo manda el artículo 1603 del Código Civil”. Por consiguiente, agrega, a diferencia de lo que sostuvo el Tribunal, “de una manera feble y curialesca, en este caso el tema de la accesión sí se regía por el inciso 2º del artículo 739 del Código Civil, por la sencilla y potísima razón de que las partes no regularon nada en el texto contractual sobre el valor de las mejoras, como de forma palmaria, evidente, ostensible se desprende con solo leer todo el contrato de una manera desprevénida y libre de ataduras conceptuales preconcebidas”.

Concluye parcialmente que como las partes “no estipularon en el texto contractual si había lugar o no al pago de las mejoras; (...) en defecto de esta estipulación, para el reconocimiento de estas mejoras debe aplicarse lo previsto por el inciso segundo del artículo 739 del Código Civil, en cuyo caso como la construcción fue levantada con el consentimiento del municipio de

Bucaramanga, ésta última entidad está obligada a pagar su valor”. Y aunque a su juicio el error estuvo fundamentalmente en la interpretación del contrato, el recurrente destaca cómo el Tribunal dejó de apreciar la escritura pública No. 848 de 13 de abril de 1973, que contiene las declaraciones de construcción; el certificado de tradición número 300-98444; el avalúo y descripción del inmueble realizado por la Lonja de Propiedad Raíz de Santander; el oficio No. 003376 dirigido por el representante legal de “Cajasán” al Alcalde de Bucaramanga reclamando el pago de las mejoras; el acta 135 de 22 de noviembre de 1999 del Consejo Directivo de “Cajasán” sobre el cobro de las mejoras; el oficio No. 01801 de 26 de noviembre de 1999, remitido por el Alcalde Municipal al director de “Cajasán”; el oficio No. 11359 de 26 de noviembre de 1991 dirigido al Alcalde comentando la negativa del municipio a reconocer el valor de las mejoras; las actas de entrega en las que el comodatario se reservó el derecho a reclamar por las mejoras; la diligencia de inspección judicial hecha el 5 de mayo, en la que se muestran las obras; los planos de la edificación aprobados por la Alcaldía de Bucaramanga como requisito para acometer las obras; el acta de conciliación en que se registra la ausencia del representante legal de la demandada a esa audiencia; el texto de la demanda y su contestación; y los testimonios de Alonso Carrascal, Ligia Aydee Velasco, Mauricio Rodríguez Delgado y Resfa Alvarado Tibaduiza, Euclides Fletcher, quienes saben del contrato de comodato, de la existencia y autoría de las mejoras, así como de los tratos y reclamaciones hechos para que se reconociera el valor de las obras.

Si el Tribunal hubiera analizado las anteriores pruebas, explica, jamás hubiera decidido de manera adversa las pretensiones de la demanda, negando el derecho de “Cajasán” a recibir el valor de las mejoras, pues según el dicho de los testigos la intención de la demandante no fue renunciar al reclamo de las mejoras útiles.

Con esos soportes, el recurrente pidió el quiebre de la sentencia del Tribunal, para que en su lugar se accediera a sus pedimentos.

### CARGO TERCERO

Se invoca en esta acusación la causal primera del artículo 368 del C. de P. C., pues para el casacionista hubo una violación indirecta de normas de derecho sustancial por **error de derecho** derivado de la indebida aplicación de los artículos 101 -numeral 2º-, 174, 175, 176, 177, 187, 247, 248 y de 250 ibídem, y 103 de la Ley 446 de 1998. La violación medio de estas normas probatorias llevó al Tribunal a desconocer los artículos 1494, 1502, 1602, 1603, 2200, 2202, 2216, 2217, 965, 966, 1994, 713 y 739 -inciso 2º- del Código Civil y el artículo 8º de la Ley 153 de 1887.

El cargo viene sustentado en que el Tribunal no atendió las directrices fijadas por el legislador en el artículo 187 del C. de P. C., que impone al juez apreciar las pruebas en conjunto y de acuerdo con las reglas de la sana crítica, exponiendo siempre razonadamente el mérito que se asigne a cada medio de convicción. En ese sentido, adujo que las pruebas se deben singularizar e hilvanar de modo tal que en su conjunto aflore ese sentido que el Tribunal no halló y que era determinante para la sentencia.

De otro lado, puso de presente que el Tribunal tuvo a la vista la escritura pública No. 848 de 13 de abril de 1973, que contiene las declaraciones de construcción; el certificado de tradición número 300-98444; el avalúo y descripción del inmueble realizado por la Lonja de Propiedad Raíz de Santander; el oficio No. 003376, dirigido por el representante legal de “Cajasán” al Alcalde de Bucaramanga, reclamando el pago de las mejoras; el acta 135 de 22 de noviembre de

1999, de la sesión del Consejo Directivo de “Cajasán” sobre el reclamo de las mejoras al Municipio; el oficio No. 01801 de 26 de noviembre de 1999, emitido por el Alcalde Municipal al director de “Cajasán”; el oficio de respuesta número 11359, de 26 de noviembre de 1991 dirigido al Alcalde para pronunciarse sobre la negativa de este a reconocer el valor de las mejoras; las actas de entrega en las que el comodatario se reserva el derecho a reclamar el pago de las mejoras, la diligencia de inspección judicial hecha el 5 de mayo en la que se muestran las obras; los planos de la edificación aprobados por la Alcaldía de Bucaramanga como requisito para acometer las obras; el acta de conciliación en que se registra la ausencia del representante legal de la demandada a esa cita judicial; el texto de la demanda, la contestación y los testimonios de Alonso Carrascal, Ligia Aydee Velasco, Mauricio Rodríguez Delgado y Resfa Alvarado Tibaduiza, Euclides Fletcher, quienes saben del contrato de comodato, de las mejoras y de las reclamaciones hechas por “Cajasán” para obtener el pago de las obras.

Entonces, aduce que si el Tribunal hubiera analizado de manera acompasada y armónica todo ese repertorio de pruebas, sin fraccionamientos ni parcelaciones, habría reconocido el derecho de “Cajasán” a recibir el valor de las mejoras.

Por último, acota que a consecuencia de esa apreciación segmentada de todas las pruebas, el Tribunal se negó a reconocer el derecho del demandante al pago de las mejoras que realizó.

## CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Desde siempre, ha sido común para los seres humanos el que normalmente no exista una regla de simetría entre los haberes y las carencias materiales, pues en muchas ocasiones se cuenta con ciertas cosas cuyo uso no es apremiante, al paso que, en otros tantos eventos, se hace precisa o indispensable la utilización de cosas de las que estamos desprovistos.

Ese hecho resulta ser el motor de un buen número de relaciones sociales que trascienden al mundo de lo jurídico, porque precisamente, para hacerse a los bienes y servicios que requieren, los sujetos de derecho acuden a una gran diversidad de vínculos (negocios y contratos), limitados sólo por la normatividad imperativa, que tienen como causa, en algunas situaciones, un ánimo remuneratorio y, en otras, la solidaridad, el altruismo y el afán de colaboración.

1.1. Así, al paso que se crean y desarrollan diversos tipos contractuales, o se remozan con nuevos aires algunos venidos de antaño, sigue viva aquella distinción, por cierto elemental, entre negocios gratuitos y onerosos, con la nota distintiva de que en los primeros no hay un afán crematístico, mientras que en los segundos -que de suyo son relaciones de intercambio- hay un marcado propósito de obtener una ventaja -en veces especulativa-.

1.2. Ahora bien, es en ese marco que se cumplen los contratos de préstamo -ya de uso, ora de consumo-, porque “como dice el jurisconsulto francés Galli -citado por Alfredo Barros Errazuriz-, no se puede siempre comprar, permutar o arrendar para proporcionarnos las cosas de que carecemos y que necesitamos. La humanidad inspira entonces el prestarnos los unos a los otros cosas, y ayudarnos mutuamente por diversos medios y, especialmente, por el comodato y el mutuo, que son los contratos de préstamo

o, en palabras de Alfonso de Cossio “en principio, el préstamo, en su doble modalidad, aparece como una relación de confianza y favor, que surge naturalmente de la humana convivencia, facilitando la solidaridad de unas con otras personas. En tal sentido, en sus orígenes, aparece como una relación de carácter gratuito, que a lo sumo crea expectativas de una futura correspondencia, en el orden moral, ya que es frecuente que todos necesiten de la ayuda y

colaboración de los demás, intercambiando favores, que si no vinculan en el orden jurídico, tienen cierta fuerza en el orden social, que aconseja la reciprocidad, correspondiendo al beneficio que hoy se recibe con otro beneficio en un futuro más o menos próximo. Por ello, tanto el comodato como el préstamo simple o mutuo se adaptan inicialmente a la categoría de los actos de liberalidad

Ahora bien, enseñan Planiol y Ripert que “hay dos especies de préstamo. En uno, la cosa prestada debe devolverse en su individualidad; el deudor sólo está autorizado a servirse de la cosa prestada por el tiempo del préstamo, sin poder enajenarla o destruirla: es éste el préstamo de uso, el *commodatum* de los romanos. En el otro, el deudor está autorizado a disponer de las cosas que se le entregan y obligado a devolver otras semejantes en igual cantidad y de la misma calidad: es el préstamo de consumo, el *mutuum* de los romanos... Bajo estas dos formas, el préstamo es un contrato real en el sentido de que no existe, como tal, sino por la entrega de la cosa, según la fórmula romana se forma “re”. Pero en el préstamo de uso, esta entrega consiste en una simple entrega material de la cosa, de la que el deudor llega a ser detentador, en tanto que en el préstamo de consumo, adquiere la propiedad de la misma; por tanto, la entrega que se le hace es verdaderamente traslativa, como lo era la tradición en el '*mutuum*' ”

1.3. Dentro de la órbita del préstamo, como se ve, se encuentra el comodato o préstamo de uso. En dicho tipo contractual, una parte, denominada comodante, entrega a la otra llamada comodatario (desde luego, sin transferir el dominio), a título gratuito, una cosa determinada, con el fin de que se sirva de ella y luego la devuelva.

Es tal vez una de las más elementales pero contundentes muestras de solidaridad, ayuda y auxilio, como que se trata de un acto de cortesía, benevolencia, beneficencia o complacencia que no tiene el lucro como inspiración esencial y que facilita al comodatario la satisfacción de sus necesidades; en fin, dicho negocio contribuye con la complementación de las economías de los individuos. No en vano, comodato viene del latín *commodatum*, expresión que conjuga los términos *commodum* -utilidad, provecho- y *datum* -dar-, es decir, entregar para utilidad de otro (*utendum dare*).

La doctrina enseña que “se dice 'comodato' (a la manera de *commodo datum*) al contrato en el cual una parte, dando a la otra una cosa no consumible, mueble o inmueble, para que se sirva de ella durante un tiempo determinado y para un uso determinado, adquiere el crédito -y la otra la obligación- a la restitución de la cosa dada -y recíprocamente recibida- al final de la relación”

Acerca de esto último, hay que decir que, en veces, las cosas ociosas en poder de alguno pueden ser útiles y productivas en las manos laboriosas de otro, como ocurre con los excedentes transitorios de un patrimonio que por voluntad de su titular migran al poder de otro para que se sirva de ellos. Y aunque esa expresión de solidaridad produzca algún beneficio a quien otorga la gracia, como ser relevado del cuidado y vigilancia de la cosa, no es ese hecho, sino la liberalidad, el signo determinante de la voluntad de quien hace la concesión.

1.4. “Inicialmente -cuenta Rafael De Pina- el comodato romano fue una relación ajena al *jus civile*, protegida sólo por una *actio in factum*; más tarde deriva una *actio in jus ex fide bona*, y en

el derecho justiniano aparece ya la actio comodati directa y la actio comodati contraria, a favor, respectivamente, del comodante y del comodatario”

Precisamente, Justiniano, en sus instituciones, señalaba que “Item is cui res aliqua utenda datur, id est commodatur, re obligatur, et tenetur commodati actione. Sed is ab eo quit mutuum accepit, longe distat; namque non ita res datur ut ejus fiat, et ob id de e are ipsa restituenda tenetur... Commodata autem res tuc proprie intelligitur, si, nulla mercede accepta vel constituta, res tibi utenda data est ; alioquin, mercede interviniente locatus tibi usus rei videtur; gratuitum enim debet esse commodatum ” (aquel a quien se entrega una cosa para que se sirva de ella, es decir, en comodato, se halla también obligado 're', y lo estará a la acción comodati. Pero se diferencia mucho del que ha recibido en mutuum, porque la cosa no se le da en propiedad, y por consiguiente se halla obligado a restituir idénticamente la misma... No hay comodato propiamente dicho sino cuando el servicio de la cosa ha sido concedido sin ninguna retribución ni obligación de retribución; desde el momento que hay retribución se ve en el acto un arrendamiento, porque el comodato debe ser gratuito).

El Código Civil Francés de 1804 -aún vigente-, por su parte, expresa en su artículo 1875 que “le prêt à usage ou commodat est un contrat par lequel l'une des parties livre une chose à l'autre pour s'en servir, à la charge par le preneur de la rendre après s'en être servi ” (el préstamo de uso o comodato es un contrato por el que una de las partes entrega a la otra para que se sirva de ella, con la obligación de devolverla después de usarla), a lo que agrega en el artículo siguiente que “ce prêt est essentiellement gratuit” (este préstamo es esencialmente gratuito).

En España, la Ley 1ª de la Partida V, definía el comodato en la siguiente forma: “cosa que es dada a pro de aquel que la recibió”, “e esto se entiende quando lo faze por gracia, o por amor, non tomando aquel que lo de, por ende precio de loquero, nin de otra cosa ninguna”.

Por su parte, el Código Civil Chileno, con indiscutible influencia del francés, establece en su artículo 2174 que “el comodato o préstamo de uso es un 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 terminado el uso. Este contrato no se perfecciona sino por la tradición de la cosa”.

Esa definición, traída por don Andrés Bello, coincide en un todo con la del artículo 2200 del Código Civil Colombiano.

1.5. Ahora bien, diversas legislaciones han definido el comodato, distinguiendo al unísono sus elementos característicos. Ejemplo de ello son las definiciones del Código Civil Alemán (B.G.B.): “Artículo 598. Por el contrato de comodato (leihe) el comodante (verleiher) de una cosa se obliga a permitir gratuitamente al comodatario (entlehier) el uso de la cosa”; del Código Civil Español: “Artículo 1.740. Por el contrato de préstamo, una de las partes entrega a la otra, o alguna cosa no fungible para que use de ella por cierto tiempo y se la devuelva, en cuyo caso se llama comodato, o dinero u otra cosa fungible, con condición de devolver otro tanto de la misma especie y calidad, en cuyo caso conserva simplemente el nombre de préstamo. El comodato es esencialmente gratuito. El simple préstamo puede ser gratuito o con pacto de pagar interés”; del Código Civil Boliviano: “Artículo 880. El comodato es el préstamo de cosas no fungibles, muebles o inmuebles. Este contrato es esencialmente gratuito”; del Código Civil Brasileño:

“Artículo 579. El comodato es el préstamo gratuito de cosas no fungibles. Se perfecciona con la tradición del objeto”; del Código Civil Argentino: “Artículo 2255. Habrá comodato o préstamo de uso, cuando una de las partes entregue a la otra gratuitamente alguna cosa no fungible, mueble o raíz, con facultad de usarla”; del Código Civil Cubano: “Artículo 382. Por el contrato de comodato una de las partes se compromete a ceder a la otra el uso gratuito de un bien determinado y ésta a devolvérselo después de haberlo utilizado o al vencer el término del contrato”; del Código Civil Uruguayo: “Artículo 2216. El comodato o préstamo de uso es un contrato por el cual una de las partes entrega a la otra alguna cosa no fungible, mueble o raíz, para que use de ella gratuitamente y se la devuelva en especie. Este contrato podrá probarse por testigo, cualquiera que sea el valor de la cosa prestada”; del Código Civil Ecuatoriano “Comodato o préstamo de uso es un contrato en que una de las partes entrega a la otra gratuitamente una especie, mueble o raíz, para que haga uso de ella, con cargo de restituir la misma especie después de terminado el uso. Este contrato no se perfecciona sino por la tradición de la cosa”; del Código Civil Nicaragüense: “Artículo 3416. Habrá comodato o préstamo de uso cuando una de las partes entregue a la otra gratuitamente alguna cosa no fungible, mueble o raíz con facultades de usarla”; del Código Civil Paraguayo: “Artículo 1272. El contrato de préstamo será comodato, cuando una de las partes entregare a la otra gratuitamente, con facultad de usarla, alguna cosa no fungible, siempre que fuere individualizada a los efectos de su restitución”; del Código Civil Peruano: “Artículo 1728. Por el comodato, el comodante se obliga a entregar gratuitamente al comodatario un bien no consumible, para que lo use por cierto tiempo o para cierto fin y luego lo devuelva”, del Código Civil Venezolano: “Artículo 1.724 El comodato o préstamo de uso es un contrato por el cual una de las partes entrega a la otra gratuitamente una cosa para que se sirva de ella, por tiempo o para uso determinados, con cargo de restituir la misma cosa”.

1.6. Son partes, pues, el comodante o prestante y el comodatario o prestatario. El primero, desde luego, no necesariamente tiene que ser el propietario de la cosa prestada, pues basta que tenga sobre ella un poder de hecho y no esté en imposibilidad (física o jurídica) de ceder su uso. Es más, hay que decirlo, el Código Civil Colombiano en su artículo 2213 admite que exista comodato sobre cosa ajena, lo cual confirma la idea de que tal forma de préstamo puede provenir de personas distintas al dueño. Debe observarse, además, la posible existencia de múltiples comodantes o comodatarios, y que en este último evento, conforme al artículo 2214 del Código Civil, todos responden solidariamente por las obligaciones nacidas del contrato.

1.7. De otro lado, es oportuno destacar que el comodato recae sobre cosas no fungibles, esto es, sobre cosas que por su esencia o por voluntad de las partes se tienen como cuerpo cierto, pues precisamente, lo que ha de devolverse es exactamente lo mismo que se entregó para uso del comodatario.

De esa particular característica se desprende que en virtud de dicho contrato no se transmite el dominio y, además, que por regla general el comodato tiene como objeto material cosas no consumibles, es decir, aquellas que no se agotan o perecen por su primer empleo natural, a menos, claro está, que éstas resistan variedades de uso y se destinen a alguno que no implique su destrucción o extinción (*ad pompam et ostentationem*). Así lo prevé el artículo 2260 del Código Civil argentino al establecer que “cuando el préstamo tuviese por objeto cosas consumibles, sólo será comodato, si ellas fuesen prestadas como no fungibles, es decir, para ser restituidas idénticamente”; en el mismo sentido, el artículo 1729 del Código Civil Peruano señala que “hay comodato de un bien consumible sólo si es prestado a condición de no ser consumido”.

Tal vez por eso se ha dicho que “el criterio de la consumibilidad, que se deriva de la naturaleza de las cosas, debe ser reemplazado en el comodato, y complementado en el mutuo, por el de la fungibilidad, que se basa sobre la voluntad de las partes... En efecto, las partes pueden estipular que el prestatario, aún recibiendo una cosa consumible, devolverá la misma recibida; por ejemplo, una moneda, ciertos billetes de banco o sellos de correo, no prestados para consumirlos, sino para exponerlos: 'ad pompam et ostentationem'. Tal préstamo, en el cual el prestatario no puede disponer de cosas sin embargo consumibles, constituye un 'comodato'. Así pues, es preferible hablar de que el comodato recae sobre cosas consideradas por las partes como cuerpos ciertos (cosas no fungibles)...”-.

Por supuesto que la cosa prestada debe estar en el comercio, lo que descarta que pueda celebrarse respecto de bienes a los cuales el ordenamiento jurídico ha negado toda posibilidad de tráfico negocial. El Código Civil Colombiano carece de una norma como la del artículo 2261 del Código Civil Argentino, similar al artículo 2217 del Código Civil Uruguayo, en cuya virtud “es prohibido prestar cualquiera cosa para un uso contrario a las leyes o buenas costumbres o prestar cosas que están fuera del comercio por nocivas al bien público”. No obstante, debe entenderse que a igual conclusión se llegaría aplicando los preceptos generales que regentan la contratación en materia privada.

Por lo demás, tampoco puede versar sobre cosas que son del propio comodatario y cuya propiedad éste desconocía (comodato de cosa propia), porque como ha entendido la doctrina, “no es válido el comodato de cosa que sea del comodatario o que se convierta en tal en el curso del contrato. La razón es que no se puede adquirir un poder respecto de cosa de la cual se descubra que tenía el máximo de los poderes que absorbe cualquier otro de alcance menor. Solamente en situaciones particulares en que el propietario carezca temporalmente del goce de la cosa propia, es concebible el comodato a favor del propietario mismo, pero se trata de hipótesis evidentemente excepcionales”

Asimismo, no puede celebrarse contrato de comodato sobre cosas que se han recibido bajo esa misma modalidad contractual, a no ser que se tenga autorización del comodante para ello, porque no puede entenderse que dentro de las facultades de uso se encuentre incluida la de prestar; de hecho, no usar la cosa, sino facilitarla a otro para que la use, desnaturalizaría la finalidad de este tipo de convenios, razón que ha llevado a la doctrina a señalar que “un prestatario no tiene derecho a prestar la cosa recibida en préstamo; porque se le ha entregado para su propio uso

. En ese mismo sentido, el artículo 1734 del Código Civil Peruano consagra que “el comodatario no puede ceder el uso del bien a un tercero sin autorización escrita del comodante, bajo sanción de nulidad”.

1.8. Tal contrato, en esencia, se distingue por su carácter real, presupuesto que se ha reconocido desde el derecho romano, época en la cual se entendía que hasta tanto no se entregara la cosa, no había convención, pues no nacía ninguna obligación para el comodatario. De allí que se entendiera que el contrato se perfeccionaba en “re” (obligatio 're' contracta), como quiera que a partir de ese momento surgía el vínculo jurídico entre las partes.

Aunque con no poca resistencia, también se ha destacado el carácter sinalagmático imperfecto de dicho acuerdo de voluntades, admitiendo la posibilidad de que a partir de su celebración, accidental y eventualmente (ex post) puedan nacer obligaciones para el comodante. De la mano

de lo anterior, se ha resaltado de vieja data que el comodato es gratuito, o sea, que por el uso del bien no hay ninguna contraprestación para el comodante, a quien se reconoce, más bien, un ánimo bienhechor que refleja su muestra de esplendor frente al comodatario. De no ser así, el contrato se tornaría en arrendamiento o, incluso, en un negocio innominado.

También es un contrato principal, en la medida que no requiere de algún otro para nacer a la vida jurídica, amén que por su enunciación y regulación legal, es nominado y típico.

1.9. Como nota adicional, es preciso memorar las diferencias existentes entre el comodato y otros contratos.

Así, respecto del mutuo debe afirmarse que “a pesar de esta agrupación tan estrecha que se hace del mutuo o simple préstamo y del comodato o préstamo de uso, la doctrina expone entre ambos las siguientes fundamentales diferencias: a) por sus caracteres, el comodato es esencialmente gratuito; mientras que el mutuo, aunque naturalmente también es gratuito, admite el pacto de pagar intereses..., b) por su objeto, el mutuo recae sobre dinero o cosas fungibles, y el comodato sobre cosas no fungibles. Pero sobre esa nota distintiva se observa que la voluntad de las partes puede determinar la existencia de un préstamo de uso sobre cosas fungibles, cuando se ceden para un uso que no las consume..., c) el mutuo transfiere la propiedad de la cosa (dinero u otra cosa fungible) al que la recibe, mientras que el comodato transfiere simplemente el uso de la misma., d) por sus efectos, el mutuo produce la obligación de restituir cosas de la misma especie y calidad; el comodato obliga a restituir la cosa misma que fue entregada., e) Por los riesgos, los de la cosa dada en comodato los sufre el prestamista o comodante, que sigue siendo el dueño de la cosa; en cambio, los de la cosa dada en mutuo los sufre el prestatario o mutuario, que por la entrega se hizo propietario de la cosa, sin más obligación que la de devolver el género., f) Por la extinción, en el mutuo no puede reclamarse la devolución antes del tiempo convenido, mientras que en el comodato puede reclamarse antes cuando el comodante tuviere urgente necesidad de ella

Bueno es destacar, además, que “en el derecho inglés no existen dos palabras que permitan distinguir claramente entre comodato y mutuo, pues la palabra 'loan' abarca los dos conceptos, como ya hicieron anotar Pollock y Maitland. Advierten por su parte Buckland y McNair que el Derecho y el idioma inglés parecen haber encontrado más dificultad que el sistema romano en comprender la noción de fungibilidad... Por ello, la peculiaridad que brota de la configuración del Derecho inglés es la siguiente: 'distinguimos claramente –dicen los mismos autores- entre el préstamo de dinero y el préstamo gratuito de bienes específicos; pero cuando se trata de la entrega de una cosa fungible, como cereales, con la estipulación de que deberá restituirse con una cosa igual de la misma calidad y en igual cantidad, en su forma original o transformada, consideramos que se trata de una venta (o en todo caso de la transmisión de la propiedad de una cosa por precio) y no de un bailment '

A su turno, resalta la doctrina que “en el código alemán no existe un concepto genérico equivalente a nuestro 'préstamo', comprensivo de sus dos especies (comodato y mutuo), sino que el comodato y el mutuo son contratos independientes

Por otra parte, el comodato y el arrendamiento (o locación), son similares en cuanto a que “en ambos casos se entrega una cosa inmueble o mueble no fungible para que la use el que la recibe; pero la locación es onerosa, en tanto que el comodato es gratuito. De esta diferencia esencial surgen otras muy importantes que se traducen en general en reconocerle al locatario mayores derechos que al comodatario; particularmente relevante es que las leyes de prórroga de las locaciones sólo protegen al primero

También es clara la diferencia con el usufructo, pues “el derecho del usufructuario tiene carácter real, en tanto que el del comodatario es personal. El usufructo puede ser gratuito u oneroso, el comodato es esencialmente gratuito; aquél se adquiere por contrato, por testamento, por disposición de la ley o por prescripción, en tanto que el comodato sólo se constituye por contrato; el usufructuario adquiere los frutos, no así el comodatario

Asimismo, “el comodato se distingue del depósito, puesto que implica potestad de goce, que se excluye en el depósito, donde el interés en el contrato es, de ordinario, del deponente

1.10. Recuérdese, por otra parte, que el préstamo de uso termina 1) por la pérdida de la cosa; 2) por el vencimiento del plazo pactado o el cumplimiento de la condición convenida; 3) salvo pacto en contrario, por voluntad unilateral del comodatario en cualquier tiempo y 4) por voluntad unilateral del comodante en los siguientes casos: a) cuando no hay término de restitución previamente fijado; b) cuando el comodatario falleció o cae en incapacidad que le impida usar la cosa; c) cuando sobreviene al comodante una necesidad urgente; d) cuando el comodatario usa la cosa abusivamente o no cumple con su obligación de cuidarla; y e) cuando muere el comodatario, siempre que el contrato haya sido intuitu personae.

1.11. Y en lo referente a su clasificación, resulta relevante aquella que distingue al comodato regular del comodato precario, para hacer ver que este último se presenta, a voces del artículo 2220, “cuando no se presta la cosa para un servicio particular, ni se fija tiempo para su restitución”.

1.12. Es de resaltar, para abundar en claridad, que a partir del perfeccionamiento de dicho acto negocial, surgen para el comodatario diferentes obligaciones, de hacer y no hacer, consistentes en: 1) vigilar por la guarda y conservación de la cosa, teniendo en cuenta la responsabilidad que le corresponde según el interés que subyace en el contrato; 2) limitarse al uso convenido -expresa o tácitamente- o aquél que se deriva de la naturaleza de la cosa; 3) pagar los gastos ordinarios para el uso y la conservación de la cosa prestada; 4) en presencia de un accidente, preservar la cosa prestada frente a las propias suyas, como quiera que “en la alternativa de salvar su propia cosa o la que le ha sido dada en comodato, debe como hombre agradecido no sacrificar la cosa ajena para salvar la suya propia”

; 5) restituir la cosa a la expiración del comodato (obligación de resultado), ya sea porque se cumplió el plazo o la condición convenida, o cuando termine su uso, o antes, en caso de que haya necesidad del comodante; y 6) pagar al comodante los daños y perjuicios que se causen si la cosa se emplea para un uso no convenido o peca por culpa del comodatario.

Acerca de la obligación de restituir, ha de destacarse que según el artículo 2206 del Código Civil, el reintegro de la cosa prestada debe hacerse a favor del comodante o de la persona que tenga derecho para recibirla en su nombre, siguiendo así las reglas generales de los artículos 1634 y s.s. *ibidem*. Además, debe acudirse a las previsiones de los artículos 1645, 1646 y 1647, para determinar el lugar donde debe hacerse la entrega.

Aunado a lo anterior, el artículo 2209 del Código Civil impone la suspensión de la restitución cuando lo prestado son armas ofensivas y cosas de las que se sepa que se utilizarán para un uso criminal, las cuales deben ponerse a disposición del juez.

A la luz del artículo 2210 de esa misma normatividad, el comodatario tampoco es obligado a restituir cuando descubre que él es el verdadero dueño.

1.13. Asimismo, con ocasión del contrato –y solo eventualmente- pueden surgir para el comodante obligaciones tales como: 1) permitir el uso de la cosa durante el tiempo convenido; 2) pagar al comodatario los gastos extraordinarios realizados para la conservación de la cosa; 3) indemnizar al comodatario del daño que le hayan podido causar los vicios de la cosa, cuando el comodante conocía su existencia o, como dice el artículo 2217 del Código Civil Colombiano, “indemnizar al comodatario de los perjuicios que le haya ocasionado la mala calidad o condición del objeto prestado, siempre que ella reúna estas tres circunstancias: 1ª) Que haya sido de tal naturaleza que probablemente hubiese de ocasionar perjuicios; 2ª) Que haya sido conocida y no declarada por el comodante; 3ª) Que el comodatario no haya podido con mediano cuidado conocerla o precaver los perjuicios...”; 4) además, la doctrina señala que también corresponde al comodante “darle al comodatario las instrucciones necesarias para el uso de la cosa” y advertirle los defectos del objeto prestado

1.14. Cobra particular importancia, sin duda alguna, posar la mirada en los gastos realizados con ocasión del préstamo de uso, pues, dependiendo de la finalidad que ellos tengan, su pago debe ser asumido por el comodante o por el comodatario.

Según el artículo 2216 del Código Civil, “el comodante es obligado a indemnizar al comodatario las expensas que sin su previa noticia haya hecho, bajo las condiciones siguientes: 1º) si las expensas no son de las ordinarias de conservación, como la de alimentar a un caballo; 2º) si han sido necesarias y urgentes, de manera que no haya sido posible consultar al comodante, y se presuma fundadamente que teniendo éste la cosa en su poder no hubiera dejado de hacerlas”. Esos son, en efecto, los que la doctrina y el derecho comparado conocen como gastos ordinarios y extraordinarios.

De esa manera, mientras los primeros -los gastos ordinarios- son de cargo del comodatario, pues corresponden al derecho de usar la cosa (gastos de uso) y a la obligación de conservarla en el estado en que fue entregada (gastos de conservación), los segundos -los gastos extraordinarios- incumben al comodante, en tanto que hacen relación a cuestiones urgentes que van más allá del uso natural convenido y se distinguen porque, sin su oportuna satisfacción, la cosa correría el riesgo de malograrse o extinguirse; es más, son gastos que benefician al prestador, al punto que sería posible inferir de modo razonable que éste, de tener la cosa en su poder, los hubiera hecho inexorablemente. El Código Civil Francés, refiere al respecto que “si, durante el préstamo, el comodatario se viere obligado a realizar algún gasto extraordinario para la conservación de la cosa, necesario y tan urgente que no hubiere podido prevenir al comodante, éste tendrá la

obligación de reembolsarle”.

1.15. Y es al abrigo de esa regla que la Corte entiende que, salvo pacto en contrario, todo lo que se gasta con el fin de hacer posible la utilización de la cosa para el uso convenido, corresponde exclusivamente al comodatario, pues no cabe duda de que es a él a quien interesa acondicionarla para servirse de ella y beneficiarse de su adecuación. Así se ha entendido a porrillo por la doctrina, al expresar:

“Los gastos hechos por el prestatario para usar la cosa están a su cargo (art. 1886 del Cod. Civ.)... debe reembolsarse al comodatario el importe de los gastos 'extraordinarios'; es decir, los gastos de conservación, por oposición a los gastos de mantenimiento exigidos por el simple uso de la cosa y que están a cargo del prestatario

;

“El prestatario no tiene derecho a cobrar los gastos realizados para servirse de la cosa mientras ésta se encontraba a su disposición (por ejemplo, el alimento de un caballo que se le prestó). Realiza estos gastos en su propio interés

;

“...no se tiene derecho a reembolso alguno de gastos sostenidos para el uso de la cosa ni para la custodia de ella; excepto los extraordinarios de conservación, siempre que fueran urgentes y necesarios...

;

El comodante “puede verse obligado a rembolsar al comodatario, no los gastos hechos para servirse de la cosa (por ejemplo los de manutención del caballo prestado para adiestrarlo, con facultad de utilizarlo), sino los extraordinarios, necesarios y urgentes, que no tuvo posibilidad de prevenirlo

;

“Mientras dura el comodato, el comodatario está obligado a satisfacer los gastos ordinarios que sean de necesidad para el uso y conservación de la cosa...los gastos ordinarios de conservación corren a cargo del comodatario en compensación del beneficio que le proporciona el uso gratuito de la cosa prestada. Pero si la conservación de ésta exigiese gastos de importancia y tuviese que pagarlos el comodatario, podría hacersele gravoso lo que se le ofreció y aceptó como un favor que se le hacía. Por eso el art. 1751 impone al comodante el pago de los gastos extraordinarios de conservación, con tal -dice dicho artículo- 'que el comodatario lo ponga en su conocimiento antes de hacerlos, salvo cuando fueren tan urgentes que no pueda esperarse el resultado del aviso sin peligro'

;

La gratuidad del comodato “no desaparece por el hecho de que el comodatario tenga que sostener personalmente, sin derecho a reembolso, los gastos para el uso de la cosa

;

“Ante todo, la ley alude sólo a gastos extraordinarios, porque los ordinarios realizados por el

comodatario para la conservación de la cosa, son a su cargo... parece justo que el comodante, que ha entendido hacer un contrato de complacencia, no cargue sino con los gastos de conservación que de todos modos él hubiera tenido que afrontar. Por consiguiente, el comodante, en cuanto tal no responde por las mejoras útiles ni menos por las voluntarias, aunque el comodatario no haya obtenido ninguna ventaja de ellas a causa de haber tenido que devolver la cosa antes del tiempo fijado en el contrato... Los gastos hechos por el comodatario para servirse de la cosa prestada son a su cargo

;

“Corren, pues, a su cargo -del comodatario-, los gastos que le ocasiona la utilización de la cosa

;

“... -el comodatario- no tiene derecho a reembolso de los gastos que haya soportado para servirse de la cosa

;

“...la obligación que el comodatario tiene de velar por la conservación de la cosa le impone el pago de los gastos ordinarios y precisos mientras se sirva de ella, esto es, de aquellos gastos sin los cuales no puede hacerse el uso adecuado de la cosa prestada, como la comida del caballo

;

“El comodatario no tiene derecho al reembolso de los gastos efectuados para servirse de la cosa

;

“El comodatario... ha de satisfacer, dice el artículo 1743, los gastos ordinarios que sean necesarios para el uso y conservación de la cosa. Estas obligaciones tienen un fundamento lógico: para el uso, puesto que él la disfruta, y para la conservación, porque ha de devolverla

.

Por su parte, el artículo 1886 del Código Civil Francés establece que “si el comodatario ha realizado algún gasto para hacer uso de la cosa, no podrá repetirlo” y el artículo 1743 del Código Civil Español consagra expresamente que “el comodatario está obligado a satisfacer los gastos ordinarios que sean de necesidad para el uso y conservación de la cosa prestada”.

Ese mismo sentido es acogido por las legislaciones latinoamericanas, en los siguientes términos; artículo 885 del Código Civil Boliviano: “el comodatario- está obligado a soportar los gastos ordinarios que exija el uso de la cosa, por los que no tiene derecho a reembolso”; artículo 584 del Código Civil Brasileño: “el comodatario no podrá jamás recobrar del comodante los gastos hechos con el uso y gozo de la cosa prestada”; artículo 2282 del Código Civil Argentino: “los gastos hechos por el comodatario para servirse de la cosa que tomó prestada no puede repetirlos”; artículo 2232 del Código Civil Uruguayo: “los gastos hechos por el comodatario para servirse de la cosa que tomó prestada, no puede repetirlos”; artículo 1279 del Código Civil Uruguayo: “el comodatario no tiene derecho al reembolso de los gastos ordinarios hechos para servirse de la cosa, pero tiene derecho a ser reembolsado de los gastos extraordinarios soportados para la conservación de la cosa, si dichos gastos eran necesarios y urgentes”; artículo 1738 del Código Civil Paraguayo: “Son obligaciones del comodatario: Pagar los gastos ordinarios

indispensables que exija la conservación y uso del bien”; y artículo 1729 del Código Civil Venezolano: “el comodatario que ha hecho algún gasto para usar de la cosa dada en préstamo, no puede pedir el reembolso”.

Es que, si no fuese así, el acto de generosidad del comodante podría ser castigado con una carga adicional, generando inclusive la posibilidad de causarle un detrimento económico imprevisto, el cual, en el tráfico negocial, inhibiría la realización de este tipo de contratos, de recibo, incluso, en el sector público, conforme autoriza la Ley 9ª de 1989.

Entonces no se puede admitir que el comodatario, a sus anchas realice gastos e inversiones importantes en procura de servirse en mejores condiciones de la cosa prestada para luego, sin empacho alguno, reclamar lo que destinó para su propio beneficio, en la medida en que esa conclusión reñiría con el equilibrio que debe campear en las relaciones jurídicas, pues el altruismo que inspira al comodante no puede gravarle de tal modo que se haga imposible la recuperación de la cosa que presta, evento que se presentaría si las obras, adecuaciones, edificaciones o construcciones hechas por el comodatario, por su enorme valor, no pueden ser satisfechas por el comodante, quien así podría padecer una verdadera expropiación, sin contar con que, en abstracto, el comodante ad libitum puede cambiar la vocación natural o comercial de la cosa, caso en el cual las construcciones no reportarían un mayor valor del bien sino posiblemente un demérito para él.

Por lo demás, el sentido común enseña que, cuando el comodatario se propone recibir un inmueble, tiene figurado anteladamente un propósito específico que impulsa sus acciones. Y esta percepción se acrecienta si el comodatario no es una persona natural, sino una persona jurídica, en cuyos actos de constitución está delimitado nítidamente su objeto social, lo que permite exigir razonablemente que la organización tenga concebido un destino al bien que ha recibido.

Dicho con otras palabras, es de esperar que el emprendimiento negocial que acomete el comodatario obedezca a la planeación de un proyecto económico que le permita la recuperación de la inversión que debe hacer para servirse de la cosa prestada, por el camino de trasladar al usuario o al consumidor del servicio dichos costos, pues el equilibrio contractual impide reclamarle al comodante el valor de las mencionadas adecuaciones.

Se insiste, la voluntad de la ley, derivada incluso de una elemental equidad, es que el comodante sólo satisfaga los gastos urgentes y extraordinarios que demande la conservación de la cosa, pero todo aquello que libremente invierte el comodatario, según su proyecto económico, debe mirarse como una dotación a propósito del emprendimiento de éste que no puede trasladar al prestador.

De ello se sigue que si no se pacta expresamente una retribución, el comodatario no está autorizado para pedir el reembolso de las obras, mejoras, arreglos o, en general, cualquier gasto que haya realizado para la adecuación de la cosa en fin de ser puesta a su servicio, justamente para su bienestar y no la del comodante.

Conclúyese, por ende, que al finalizar el contrato, y salvo pacto en contrario, el comodante debe recibir la cosa que entregó, asumiendo el deterioro natural, pero adquiriendo también las cosas que le fueron añadidas durante la vigencia de la relación sustancial.

1.16. Todo lo anterior explica porqué el propio ordenamiento jurídico impone al comodante únicamente el pago de los gastos extraordinarios causados para la conservación de la cosa y los

perjuicios derivados de los vicios que ello pudo tener, mientras que guarda completo silencio respecto de cualquier otro tipo de reconocimiento a favor del comodatario.

Para decirlo de otra forma, atendiendo la fisonomía y naturaleza misma del comodato, los artículos 2216 y 2217 del Código Civil prevén el repertorio de las obligaciones que en materia de expensas e indemnizaciones son de cargo del comodante, de modo que las que allí están excluidas no podrían ser reconocidas por el juez, menos acudiendo al artificio de abandonar el contrato para incursionar en otros tipos negociales o para valerse de los modos de adquirir el dominio.

Si el legislador se detuvo a regular el tema de las expensas e indemnizaciones que son posibles en el contrato de comodato y si de manera restricta y tasada estableció cuáles eran aquellas a cargo del comodante, es claro que desestimó toda otra posibilidad. Precisamente, reza el aforismo latino que la ley no omitió inconsideradamente, sino porque no quiso que fuese dicho, (*lex non omitti incaute, sed quia dictum noluit*), de lo cual se sigue que si el Código Civil -que sí reguló la materia- excluyó de las obligaciones a cargo del comodante el pago de las mejoras útiles, es porque no contempló la posibilidad de dicha reclamación, y no porque dejara un vacío susceptible de ser llenado con las reglas de otro contrato o por las normas rectoras de los modos de acceder al dominio.

1.17. En el mismo sentido, en materia de técnica legislativa y de interpretación, se ha sentado el apotegma de que la expresa inclusión de una categoría implica la tácita exclusión de las otras, (*inclusio unius exclusio alterus*), de modo que cuando el artículo 2216 del Código Civil incorpora un solo tipo de expensas -las necesarias y apremiantes que el propio comodante no hubiere podido dejar de hacer por su misma urgencia-, la norma excluyó todas las demás, pues, como ya se dijo, se consideran fuera aquellas cosas que la ley no incluyó en su enumeración (*exclusa consentur omnia, quae lex enumerando non inclusit*).

Por consiguiente, aunque ninguna norma del Código Civil consagre expresamente que el comodatario no tiene derecho a pedir la devolución de las inversiones que realiza para adecuar la cosa a sus necesidades -como sucede en legislaciones foráneas-, esa misma conclusión surge, si se tiene en cuenta que el marco legal aplicable al contrato prevé de manera concreta que el comodante sólo paga los gastos extraordinarios para la conservación y las indemnizaciones por los vicios de la cosa, por lo que -se insiste- ningún reconocimiento debe hacer por cualquier otra expensa o mejora que haya hecho el comodatario, pues la ley no lo conmina a ello.

1.18. Y no se diga que negarle al comodatario la posibilidad de recobrar del comodante los gastos por las obras, adecuaciones o mejoras que hizo para servirse de la cosa constituye un enriquecimiento sin causa para éste, porque si el comodatario conoce desde un comienzo el objeto que se le presta y voluntariamente lo adecua para su servicio, es de entender que la destinación que le da es tan productiva y provechosa, que en virtud de ella se justifica realizar tales inversiones, las cuales no pueden ser entendidas como la ejecución de un mandato que dio el comodante al comodatario para dotar el inmueble de construcciones de las cuales se haría cargo después.

Y si las normas que regulan el comodato conducen a entender que no puede reclamarse el pago de ningún tipo de mejoras -por no ser gastos extraordinarios- y si, a raíz de ello, las mismas pasan a integrarse a la cosa prestada como una unidad jurídico-material, ese eventual desplazamiento tiene un fundamento legal, esto es, que deviene de la propia naturaleza del contrato, lo cual, por supuesto, descarta la posibilidad de un enriquecimiento “sin causa”.

Es más, no se vería aceptable que el comodante que decide privarse de la cosa prestada por mera benevolencia y sin retribución alguna, además de ello tuviera que pagar lo que necesitó el comodatario para servirse de un bien por cuyo uso nada dio a cambio, pues ese sí sería para él, un empobrecimiento injustificado e inaceptable.

2. Son las motivaciones que preceden, las que permiten comprender que no hubo error del Tribunal cuando negó el reconocimiento de las mejoras útiles alegadas por la parte demandante, porque si bien se remitió sin necesidad a las normas del arrendamiento, de todas formas acertó al confirmar la sentencia adversa a las pretensiones.

A la postre, las reglas del contrato de comodato eran autosuficientes para resolver la reclamación sobre el pago de las mejoras realizadas por el comodatario, en la medida en que tales preceptos prevén de manera taxativa y restrictiva -por la naturaleza misma de la convención- únicamente la obligación del comodante de pagar los gastos necesarios y urgentes hechos por el comodatario, de modo que se tornaba innecesario acudir a otras tipologías contractuales como el arrendamiento para estudiar los pedimentos de la demandante.

Pero aun si se admitiera la necesidad -que no la hay- de copar lagunas y, por lo mismo, de integrar el contrato de comodato con las normas del arrendamiento, tendría que concluirse, igualmente, que el comodante no tenía porqué pagar unas mejoras respecto de las cuales no había “consentido con la expresa condición de abonarlas”, conforme exige el artículo 1994 del Código Civil, pues en el texto que recoge el contrato celebrado entre las partes no hay una declaración de voluntad manifiesta en ese preciso sentido. Dicho en breve, ni las reglas que gobiernan el contrato de comodato, ni las reglas que gobiernan el contrato de arrendamiento, ni la integración de unas y otras, podrían servir de soporte para ordenar el pago de unas mejoras que fueron colocadas para el servicio del comodatario y que el comodante no ofreció abonar de modo expreso.

2.1. Tampoco puede ser de recibo el planteamiento que se hace en la demanda introductoria y que, además, se enfatiza ante la Corte, en el sentido de que se configuró la hipótesis del inciso 2º del artículo 739 del Código Civil, por la potísima razón de que los artículos 727 y s.s. ibídem, regulan situaciones que no devienen de un acuerdo de voluntades, sino de actos eminentemente extracontractuales que permiten que se adquiera la propiedad de una cosa o que, en algunos eventos, se configure el derecho a ser indemnizado por lo que se adhiere materialmente a ella.

En últimas, cuando hay un contrato de por medio, serán las reglas de ese acuerdo de voluntades las que gobiernen el reconocimiento de las mejoras, sin que sea posible dar cabida a otras instituciones con teleologías extrañas al ámbito negocial.

Justamente, Luis Claro Sola

asienta en torno al punto que “ordinariamente el que edifica en terreno ajeno lo hace como poseedor; pero podría ser un mero tenedor, un arrendatario por ejemplo. El contrato que haya mediado entre el mero tenedor y el propietario determinará sus respectivos derechos en materia de prestaciones. Cuando obra en virtud de un vínculo jurídico, de una obligación emanada de un contrato o un cuasi contrato, una agencia oficiosa, por ejemplo, todas las dificultades deben ser resueltas según la naturaleza particular de la obligación existente entre las partes y la equidad no podría ser invocada para modificarlas”. Y refiriéndose al artículo 669 del Código Civil de Chile, idéntico al artículo 739 del colombiano, el ilustre profesor expresa: “el art. 669 no será por tanto, aplicable a todas esas situaciones en que hay un contrato que rige las relaciones entre las partes”

(resaltado ajeno al texto).

En ese mismo sentido, otro sector de la doctrina chilena ha dicho que “las reglas que vamos a estudiar no tienen aplicación a los casos de arrendamiento o de usufructo y otros análogos que están regidos por leyes especiales. Es indispensable, para que se produzca esta clase de accesión, la carencia de un título contractual, como aparece claramente de los artículos 668 y 669, que exigen que haya ignorancia de una de las partes. Si una de éstas tiene conocimiento de los hechos o entre las partes media un convenio, no hay accesión sino otro modo de adquirir...

Mientras que en la doctrina española se anota que “cuando el tercero opera sobre el terreno ajeno en virtud de una relación jurídica con su dueño que le faculta para ello -y- que posteriormente se extingue, anula o resuelve, no son aplicables las normas de la accesión inmobiliaria (Sentencias de 4 y 14 de junio de 1956 y 1 de febrero de 1979)...

En el derecho patrio la obra del profesor, Arturo Valencia Zea señala que “lo frecuente es que cuando el dueño permite edificar o sembrar en terrenos o fincas de su propiedad, media un contrato al respecto; serán las cláusulas de ese contrato las que decidirán la suerte de la sembradura o construcción y, en general, de las relaciones entre el propietario de la finca y el que hace la obra.

Para reforzar la idea que viene de expresarse, es de observar que la aceptación dada por el comodante para la realización de las construcciones que requería el comodatario, nunca podría asimilarse a la actitud pasmosa y descuidada del que permite “a ciencia y paciencia” que se construya en su terreno.

Cabe resaltar, igualmente, que la Corte señaló, en sentencia de 27 de octubre de 1938, que “al tratar de la accesión es necesario tener en cuenta si esta se produce o no por un contrato; en el primer evento la ley del contrato y también la ley positiva como en el caso del artículo 716 del C.C., entre otros, determina las prestaciones recíprocas. En el segundo caso la ley da ciertas normas que tienden a lo siguiente: a) a que prime el principio de la accesión como modo de adquirir el dominio de las cosas y b) a que los derechos de las partes queden garantizados y jurídicamente protegidos”.

Ese criterio fue reiterado en fallo de 28 de septiembre de 1977, en el que se acotó que “el detentador puede haber entrado en la tenencia del terreno ajeno en que incorpora sus materiales, plantas o semillas, ora en virtud de una convención jurídica ajustada con el dueño de éste, o ya en ausencia de todo título contractual. Ante esta dicotomía, que en el punto se presenta, conviene determinar si la acción de recobro que consagra el inciso 2º del artículo 739 del C.C., con sus consecuencias propias, es o no procedente en ambas ocurrencias, en la primera el dueño del terreno, para lograr la restitución tiene a su favor la acción que emane del contrato, desde luego que pretende hacer valer un derecho de crédito y no un derecho real; en tal supuesto, se aplican las cláusulas que según el pacto acordado entre el propietario y el tenedor se haya convenido en torno a la suerte de las construcciones y plantaciones, y en defecto de ellas se acatarán las normas legales que rijan al respecto. 'Al tratar de la accesión es necesario -tiene dicho la Corte al efecto- tener en cuenta si esta se produce o no por un contrato; en el primer evento la ley del contrato y también la ley positiva, como en el caso del artículo 716 del C.C., entre otros, determina las prestaciones recíprocas. El segundo caso la ley da ciertas normas que tienden a lo siguiente: a) a que prime el principio de la accesión como modo de adquirir el dominio de las cosas, y b) a que

los derechos de las partes queden garantizados y jurídicamente protegidos' (XLVII, 312). Es pues la segunda de las dos ocurrencias apuntadas la que, por subsumirse en tal voluntad abstracta de la ley cae bajo el imperio del artículo 739, inciso 2°, y por tanto, en principio, solamente a ella se aplican las disposiciones referentes a esta especie de accesión de mueble a inmueble" (G.J. T. CLV, Pág. 269).

No obstante, en esta última providencia la Corte también dijo que "para no abrir la esclusa de los enriquecimientos torticeros, nada impide, y más bien los términos generales de la norma lo autorizan, aplicar la ordenación en ella contenida cuando, aún existiendo vínculo contractual entre el propietario del terreno y el tenedor, en él nada se ha previsto respecto de la suerte que hayan de correr las construcciones y plantaciones, sí, por otra parte, las disposiciones legales que rigen el contrato respectivo guardan silencio en esta materia", afirmación que si bien podría entenderse -también en gracia de discusión- como una apertura a la combinación de las reglas del contrato y de la accesión, tampoco resultaría de recibo en el asunto de ahora, pues aquello que al pasar anotó la Corte como obiter dicta, ocurriría cuando "existiendo un vínculo contractual... en él nada se ha previsto al respecto" y, en todo caso, en el contrato que ahora se analiza se acordó que las mejoras hechas por el comodatario pasarían "a ser de exclusiva propiedad del Municipio", luego no existió silencio al respecto y, en ese contexto, gran parte del debate rondaría el ámbito de interpretación sobre el alcance de esa disposición contractual, empeño que haría innecesario acudir a las reglas del enriquecimiento sin causa o la accesión, pues de hallar una razonable interpretación del contrato, para descifrar si hubo por parte del municipio la obligación de pagar las mejoras, no parece necesario acudir a reglas extrañas al contrato.

Sin embargo, se insiste, el artículo 739 del Código Civil no tiene aplicabilidad en relaciones gobernadas por un contrato o negocio jurídico, porque en estos eventos, serán las reglas que se pacten, o las que informan e integran el acuerdo de voluntades, las que deben consultarse para el reconocimiento de mejoras.

Según lo dicho, resulta inadecuado abandonar las normas de un contrato, escapar a la hermenéutica interna de su texto, eludiendo además la posibilidad de acudir a las reglas del arrendamiento -como entendió el Tribunal-, para finalmente plantear el debate en el terreno enriquecimiento sin causa, cuando, como es sabido, la acción contractual y la in rem verso se repelen.

Además, no hay cómo saber que durante los treinta años que duró el comodato, el comodatario no recuperó la inversión hecha en la adecuación del predio, incorporando en el precio del servicio que prestaba una proporción del gasto hecho en dicha adecuación, circunstancia que también descarta la posibilidad de que se hubiera configurado un enriquecimiento sin causa.

Por manera que -según lo anotado en precedencia- como en el contrato de comodato la solución legal es reconocer al comodante solamente los gastos extraordinarios que realiza para la conservación de la cosa prestada, esa consecuencia jurídica, sin más, impedía la prosperidad de las pretensiones, máxime cuando la expectativa de tales súplicas estaba fundada en el artículo 739 del Código Civil, norma que como viene de verse, resulta impertinente en la relación convencional que vinculó a "Cajasán" y el Municipio de Bucaramanga.

2.2. De otro lado, es de inferir que el comodante, en este caso, sin ánimo de lucro, se despojó del inmueble durante 30 años, y aunque pudo tener un eventual interés en las mejoras útiles que pasarían a ser de su propiedad al finalizar el contrato, ello no desdice del carácter gratuito de esa negociación.

A ese respecto, es oportuno referir que sin demeritar el carácter gratuito del contrato, cabe la posibilidad de que el préstamo se haga para satisfacer los intereses de ambas partes, o incluso, para beneficio exclusivo de quien lo hace. Nótese como las XII Partidas hacían clara alusión a ello cuando establecieron las varias hipótesis que se pueden presentar en el comodato: “1) quando el que empresta la cosa la empresta con intención de fazer gracia al que lo rescibe, tan solamente e non por pro de si mismo, 2) quando la cosa emprestada se aprovecha también el que la da, como el que la recibe y 3) quando el que empresta la cosa lo faze con la intención de fazer honra e plazer a si mesmi, mas que por aquel que lo recibe” (partida 5.2.2).

Dicho de otro modo, “que el comodante no pueda recibir retribución sin desnaturalizar el contrato, no significa que deba necesariamente carecer de todo interés en él. Así, por ejemplo, quien presta su casa durante un viaje a Europa a unos amigos, puede tener interés en que se la vigilen, impidiendo daños o robos; quien presta un caballo durante cierto tiempo, puede contar con la ventaja de no gastar en alimentación...”, lo cual no le quita que sea “una prestación de cortesía. En su esencia económico-social hay un espíritu de complacencia, un servicio de amistad, un acto de buena voluntad y solidaridad humana.

Muestra de ello, es el artículo 2204 del Código Civil, cuando resalta que el comodato puede ser “en pro de ambas partes” o, incluso, “en pro del comodante” y, sobre esa base, gradúa la responsabilidad del comodatario, pues en el primer caso lo emplaza a que responda hasta por culpa leve, y en el segundo, extiende su responsabilidad sólo a la culpa lata -o grave, de acuerdo con el artículo 63 *ibídem*-. En cambio, cuando el comodato es de interés exclusivo del comodatario, debe responder hasta por culpa levísima, cual se desprende del artículo 2203 *ibídem*.

Por consiguiente, el hipotético mayor valor de la cosa derivado de las mejoras que hizo el comodatario, debía mirarse como de interés para el comodante, sin que por ello el contrato haya perdido su gratuidad esencial, entre otras cosas, porque la realización de esas mejoras no se pactó como retribución por el uso y, aunado a ello, es incierta la proporcionalidad entre el valor posible del uso del inmueble que prestó el Municipio de Bucaramanga durante 30 años, con el costo actual de las construcciones levantadas por “Cajasán”, amén que al iniciar el contrato, nada garantizaba que esas construcciones, después de 30 años, tuvieran algún valor, o que significaran un verdadero incremento patrimonial para el comodante, como que la destinación de la obra y el desarrollo y vocación urbanística puede hacer de ellas, más bien, un demérito.

Por las mencionadas razones, el cargo primero no puede salir adelante.

2.3. En cuanto respecta los cargos segundo y tercero, en los que se acusa al Tribunal por no valorar las pruebas que demostraban que el Municipio de Bucaramanga debía pagar las mejoras realizadas por “Cajasán”, hay que señalar que en la cláusula tercera del contrato celebrado por las partes se consignó, con claridad meridiana, que “la Caja Santandereana del Subsidio Familiar, solamente puede emplear el inmueble en la construcción de una Concentración Escolar con sometimiento a los planos cuya aprobación imparta la Oficina de Planeación Municipal, construcción que al término del presente contrato, pasará a ser de propiedad exclusiva del municipio.” (sublíneas fuera de texto), de donde se sigue sin ambages, que sí se previó la suerte de las mejoras, pero no hubo acuerdo relativo al pago de ellas, lo cual descarta que el Tribunal hubiera cometido error de hecho al apartarse del contenido material de la prueba, pues la cláusula contractual guardó silencio; si bien previó el destino de las obras, calló acerca de su pago, coincidiendo en ello con lo que la ley establece, es decir, que no procede su remuneración, salvo

convención expresa.

Conforme a lo anterior, no cabe afirmar que el Tribunal le hizo decir al contrato algo ajeno a su contenido, sino que, contrario sensu, era la demandante quien alegaba que la intención de las partes fue más allá de lo que rezaba el clausulado que se firmó, pese a lo cual nada de ello acreditó en el curso de las instancias. Por ende, ese déficit probatorio no puede servir de soporte para atribuir al Tribunal un yerro que, a decir verdad, no cometió, pues si el demandante afirmaba que el genuino sentido de la cláusula era que las mejoras pasarían “a ser de exclusiva propiedad del municipio”, pero pagando su valor -según añade el casacionista- esta última coda no tiene asidero en ninguna probanza, o por lo menos el recurrente no demuestra cuál de las pruebas del proceso reflejaba que el silencio sobre el pago de las mejoras en el texto del contrato fue efectivamente llenado por las partes con una voluntad positiva de pagar las mejoras. No se configuró, entonces, el error que denuncia la censura, menos en el grado superlativo que se exige en casación para el quiebre de un fallo.

Por lo demás, las pruebas arrimadas al proceso, consideradas individualmente o miradas en su conjunto, no arrojan la existencia de una intención diferente de las partes, como para entender que se presentaron los errores atribuidos al ad quem al apreciar e interpretar el contrato de comodato que aquellas suscribieron y las restantes pruebas obrantes en el expediente.

2.4. Amén de ello -y en lo que concierne al cargo tercero-, la inasistencia del demandado a la audiencia del artículo 101 del C. de P. C., no era suficiente para dar por demostrado que hubo voluntad de pagar las mejoras, porque si bien esa ausencia implicaba aceptar la verdad de los hechos susceptibles de prueba de confesión contenidos en la demanda, ninguno de los supuestos fácticos narrados en tal escrito hace referencia a que el comodante, en el contrato mismo, asumió el pago de las construcciones realizadas por el comodatario, de donde se sigue que si hubo omisión al no aplicar expresamente los efectos de la antedicha norma, tal defecto no es trascendente, porque no incidía en la interpretación del contrato de comodato y, de contera, tampoco cambiaría la suerte final de la contienda.

No prospera, entonces, ninguna de las acusaciones hechas a la sentencia del Tribunal.

## DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de 4 de abril de 2006, proferida por la Sala Civil-Familia del Tribunal Superior de Bucaramanga, para ponerle fin, en segunda instancia, al proceso ordinario promovido por Caja Santandereana de Subsidio Familiar “Cajasán” contra Municipio de Bucaramanga.

Condénase en costas del recurso a la parte demandante. Tásense en su oportunidad.

Notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

ARTURO SOLARTE RODRÍGUEZ

(Impedimento aceptado)

JAIME ALBERTO ARRUBLA PAUCAR

RUTH MARINA DÍAZ RUEDA

PEDRO OCTAVIO MUNAR CADENA

(Con salvamento de voto)

WILLIAM NAMÉN VARGAS

CÉSAR JULIO VALENCIA COPETE

EDGARDO VILLAMIL PORTILLA

SALVAMENTO DE VOTO

Paso a exponer a continuación, con la consideración debida a la Sala, las razones que me condujeron a disentir de la decisión precedente.

Debo comenzar por resaltar que, además del sentido de la sentencia, las elucidaciones contenidas en ésta de las que discrepo son aquellas mediante las cuales la Corte se propuso, a mi juicio desacertadamente, asentar la interpretación que juzga más adecuada, recta y conveniente de las reglas legales que gobiernan lo concerniente con las mejoras en el contrato de comodato. Pienso, por el contrario, que en asuntos como el de esta especie, a falta de disposición contractual o legal expresa, debe aplicarse en todo su rigor el principio contenido en el inciso segundo del artículo 739 del Código Civil.

2. Desde esa perspectiva, el fallo del cual me aparto señaló, en lo medular, lo siguiente:

La voluntad de la ley es que el comodante sólo satisfaga los gastos urgentes y extraordinarios que demanda la conservación de la cosa; por consiguiente, si no se pacta expresamente una retribución, el comodatario no está autorizado para pedir el reembolso de las obras, mejoras, arreglos o, en general, cualquier gasto que haya realizado para la adecuación de la cosa en fin de ser puesta a su servicio. Por ende, al finalizar el contrato, el comodante debe recibir la cosa que entregó, asumiendo el deterioro natural, pero adquiriendo también las cosas que le fueron añadidas durante la vigencia de la relación sustancial.

Los artículos 2216 y 2217 del Código Civil prevén el repertorio de las obligaciones que en materia de expensas e indemnizaciones son de cargo del comodante, de modo que las que allí están excluidas no podrían ser reconocidas por el juez, menos acudiendo al artificio de abandonar el contrato para incursionar en otros tipos negociales o para valerse de los modos de adquirir el dominio.

El ordenamiento jurídico impone al comodante únicamente el pago de los gastos extraordinarios causados para la conservación de la cosa y los perjuicios derivados de los vicios que ello pudo tener, mientras que guarda completo silencio respecto de cualquier otro tipo de reconocimiento a favor del comodatario.

El legislador se detuvo a regular de manera restricta el tema de las expensas e indemnizaciones que son posibles en el contrato de comodato, motivo por el cual es claro que desestimó toda otra posibilidad. En materia de técnica legislativa y de interpretación, se ha sentado el apotegma de que la expresa inclusión de una categoría implica la tácita exclusión de las otras, (inclusio unius exclusio alterus).

Repetidamente sostiene el fallo que no se configuró la hipótesis del inciso 2º del artículo 739 del Código Civil, por la potísima razón de que los artículos 727 y s.s. ibídem, regulan situaciones

que no devienen de un acuerdo de voluntades, sino de actos eminentemente extracontractuales que permiten que se adquiera la propiedad de una cosa o que, en algunos eventos, se configure el derecho a ser indemnizado por lo que se adhiere materialmente a ella.

Y todas esas elucidaciones, creo yo, no son atinadas.

3. En efecto, como es sabido, el ordenamiento patrio al regular lo concerniente con la accesión encierra un conjunto de supuestos fácticos que guardan entre sí una cierta relación con el régimen jurídico de la propiedad de las cosas. Junto con las prescripciones relacionadas con los frutos, trátase en lo nuclear, de los fenómenos relativos a la edificación, plantación o siembra en un fundo; los de unión, especificación y mezcla de cosas muebles y ciertas modificaciones que los predios experimentan por obra de la naturaleza. La característica común en todas estas hipótesis estriba en que ellas, además de reflejar un cambio en la configuración objetiva de los derechos reales que recaen sobre las cosas afectadas, aparejan la concreción de las prestaciones a cargo de las partes.

Parece ser, precisamente por la heterogeneidad de esos supuestos, que en el Derecho romano no existió una teoría general de la accesión y que ella obedeció a una construcción de los intérpretes del Derecho común, que pretendieron dotar de sentido unitario a una serie de casos singulares que habían recibido de los pretores soluciones también particulares. La verdad es que la “accessio” romana suele tener en las fuentes un sentido muy impreciso y general, pues en ocasiones pone de presente una situación en virtud de la cual una cosa accesoria se encuentra en una posición subordinada respecto a otra, a la cual puede estar o no unida materialmente; mientras en otras alude a la realización de un hecho por virtud del cual una cosa, por su fuerza interna o por aportación externa, se completa, se enriquece o se engrandece; o, finalmente, se refiere al hecho en cuanto productor de la consecuencia jurídica de atribuir al propietario lo que enriquece, completa o engrandece su bien.

La ulterior consolidación medieval del concepto tuvo como punto de partida la Glosa, habida cuenta que agrupó en la voz “accessio” la adquisición por el propietario de los frutos – el parto de la esclava y de los animales y los frutos en general-, la adquisición por conjunción de cosas y los incrementos fluviales. Para POTHIER la accesión es un modo de adquirir el dominio, que es de derecho natural, en virtud del cual todo lo que es accesorio o dependiente de otra cosa es adquirido de pleno derecho por aquel a quien pertenece la cosa principal.

Refiriéndose al punto, esta Corporación precisó que:

“Es patente que el título quinto del libro segundo del Código Civil engloba bajo el concepto de accesión, un conjunto de fenómenos de tan variada índole que, inclusive, pudiera pensarse que esa amplia comprensión de materias podría socavar los fundamentos mismos de la institución en la medida en que no es fácil conciliar bajo una misma noción cuestiones de temperamento tan diverso como, por ejemplo, la adquisición de los frutos, que con mejor criterio puede atribuirse al derecho de disfrute de los bienes, y los supuestos de unión e incorporación de cosas, que algunos denominan accesión propiamente dicha, justificada en la necesidad de resolver, al abrigo de una misma o similar razón, los conflictos surgidos a raíz de las mutaciones que las corrientes de agua producen en los predios, los originados en la edificación, plantación o siembra, cuando se hacen en suelo ajeno o con materiales de otro y los relativos a la unión mecánica o industrial de cosas, circunstancias fácticas que generan no pocos inconvenientes y cuya solución comprende modificaciones a la propiedad en dos sentidos, en cuanto que uno de los comprometidos la adquiere y el otro la pierde.

Del examen de la cuestión puede inferirse que el legislador confió la solución de los problemas que se propuso resolver a la conjugación de tres principios cardinales, esto es, el de la buena fe, el de que lo accesorio sigue a lo principal y, finalmente, el principio “superficies solo cedit”, previsto en el artículo 739 del Código Civil, y que señala que el terreno siempre es principal en relación con lo que en él se planta o construye, criterio que, no obstante su añeja formulación, ha sido atenuado atendiendo imperativos de justicia social, como acontece con el artículo 4 de la ley 200 de 1936.” (Casación de 31 de marzo de 1998. Expediente 4674).

En fin, sin entrar en extensas e innecesarias disquisiciones, lo cierto es que el artículo 739 del Código Civil prescribe que

“[e]l dueño del terreno en que otra persona, sin su conocimiento hubiere edificado, plantado o sembrado, tendrá derecho de hacer suyo el edificio, plantación o sementera, mediante las indemnizaciones prescritas a favor de los poseedores de buena o mala fe en el título de la reivindicación, o de obligar al que edificó o plantó a pagarle el justo precio del terreno con los intereses legales por todo el tiempo que lo haya tenido en su poder, y al que sembró a pagarle la renta y a indemnizarle los perjuicios.

Si se ha edificado, plantado o sembrado a ciencia y paciencia del dueño del terreno, será este obligado, para recobrarlo, a pagar el valor del edificio, plantación o sementera.

Pues bien, contrariamente a lo señalado por la Sala, considero que el reseñado precepto tiene el carácter de regla general, no sólo en lo atañedor al modo de adquirir por accesión ciertos bienes, sino, también, y esto es fundamental, en lo relativo, tanto a los principios que gobiernan la *inaedificatio*, *plantatio* y *satio*, fenómenos estos que no necesaria e ineludiblemente, como adelante se verá, desembocan en la adquisición del dominio por el señalado modo, como a las prestaciones que por esa causa surgen para las partes involucradas, motivo por el cual tiene cabida, salvo disposición legal o pacto expreso de los interesados en contrario, en asuntos de la textura del que ahora ocupa a la Corte, incluyendo, por supuesto, las mejoras que se edifican, plantan o siembran en desarrollo de relaciones contractuales de mera tenencia de un bien, puesto que, conforme esta Corporación lo ha manifestado, no es menester que el mejorante necesariamente detente la condición de poseedor para que obre su aplicación.

Ciertamente, la Corte, rotunda, inalterada y repetidamente ha dicho que:

“No hay duda de que los dos párrafos de que se compone el artículo 739 del Código Civil, gobiernan hipótesis diferentes, por cuanto, si se refieren a una sola hipótesis, sobraría uno de los dos párrafos.

El primer párrafo, se refiere a los casos en que alguien edifica, planta o siembra en terreno ajeno, sin conocimiento del dueño de aquel terreno. El segundo párrafo, se refiere a los casos en que alguien edifica, siembra o planta en terreno ajeno con conocimiento del dueño del terreno, es decir, con autorización del mismo, o como lo dice el Código “a ciencia y paciencia del dueño del terreno”.

La hipótesis gobernada por el primer párrafo del artículo 739 otorga indudablemente al dueño del terreno una opción claramente delimitada en tal párrafo:

- a. El dueño del terreno puede acogerse a las reglas de la accesión, caso en el cual pasa a ser dueño automáticamente de las mejoras, con la obligación de pagar su valor al dueño de las mismas, a fin de evitar un enriquecimiento sin causa;

- b. Puede rechazar las reglas de la accesión y obligar entonces al que edificó o plantó, a pagarle el correspondiente precio del terreno con los intereses legales, por todo el tiempo que lo haya tenido en su poder.

La segunda hipótesis del artículo 739, es desde luego diferente por cuanto supone necesariamente un contrato expreso o tácito, entre el dueño del terreno y el dueño de las mejoras.

Aquí, cabe entonces preguntar ¿qué situación se sigue antes de que el dueño del terreno resuelva recobrar la tenencia del suelo y la propiedad de las mejoras?

No otra sino la de que, en relación con el inmueble mejorado una persona es dueña del terreno, o sea de la superficie del inmueble mejorado; y otra distinta, es la propietaria de las mejoras sembradas o plantadas sobre la superficie. ¿Constituye esta situación jurídica un derecho real de superficie?

El derecho real de superficie supone necesariamente dos derechos reales de propiedad en cabeza de titulares diferentes. Pero la legislación positiva colombiana no ha reglamentado el derecho real de superficie, como derecho real definitivo y estable, como sucede en otras legislaciones de que son ejemplo la alemana y la suiza. El párrafo segundo del 739 contempla simplemente una situación jurídica provisional que es necesario liquidar en algún momento.

Se observa que el segundo párrafo del artículo 739 le otorga un derecho de preferencia al dueño del terreno para liquidar a su favor la situación jurídica de que se acaba de hablar.

En efecto, no otra cosa se deduce de los principios del glosado párrafo segundo del artículo 739, que dice que el dueño del terreno será obligado a pagar el valor del edificio, plantación o sementera, si quiere recobrarlo. De manera que en tratándose de liquidación de tal situación, debe previamente pagar el valor de las mejoras al dueño de las mismas. En resumen: el mejorador no puede ser desposeído hasta que medie la liquidación de que se habla mediante el pago de las mejoras.” (GJ Tomo LXXXVIII, págs. 673-681. Magistrado Ponente: Dr. Arturo Valencia Zea). (Lo subrayado no es textual).

En otra ocasión reiteró:

**“Cuando la construcción se hizo a ciencia y paciencia del propietario del suelo, entonces éste, para recobrarlo, debe pagar el valor del edificio, del que se hace dueño por virtud de la accesión, y no puede obligar a quien hizo la construcción a pagarle el valor del suelo, porque el consentimiento que otorgó para la realización de la obra está diciendo que ésta fue aceptada por él, y debe entonces atenderse a la regla de equidad de que nadie puede enriquecerse sin causa a expensas de otro. Y al mismo principio obedece la obligación que tiene el que edificó en suelo ajeno, de devolver a su dueño el terreno, sin que pueda alegar, para conservarlo en su poder, que le pertenece por haber pagado el valor de los materiales, obra de mano y dirección de la obra”.**(GJ Tomo LXXXIII. Págs. 58-68). (Destaco).

En ulterior oportunidad recalcó:

**“Nada más natural que el derecho de dominio sobre las cosas se extienda a sus accesorios, como también es de necesidad admitir que todo cuanto sobresale de la superficie reviste el carácter de accesorio del suelo en que encuentra sustentación: superficies solo cedit.**

**“Las normas están fundadas en lo que comúnmente acontece. Y así como por regla general**

**el propietario se encuentra en posesión de sus bienes, de donde el hecho permite presumir el derecho, en principio los edificios son levantados por sus dueños en terrenos que asimismo les pertenecen: el propietario del solar se presume dueño de la edificación y aunque en juicio se demuestre que otra persona ha construido de su peculio, la titularidad sobre el suelo atrae el dominio sobre el todo en armonía con las reglas de la accesión: *accessorium sequitur principale*.**

“No se trata de que los principios jurídicos se pongan al servicio del enriquecimiento torticero sino sólo de dirimir conforme a la razón y en guarda de la equidad el conflicto de intereses suscitado cuando alguien a sus expensas edifica en solar ajeno. Porque no se encuentra en la misma relación quien actúa movido por error excusable o quien lo hace a sabiendas y por vías tortuosas o quien procede a ciencia y paciencia del dueño. Varía el tratamiento para acomodarlo al régimen de prestaciones mutuas en juicio reivindicatorio según la buena o mala fe del constructor, y cuando hay acuerdo de voluntades no menos claro por lo implícito en la edificación a ciencia y paciencia del dueño del solar, la efectividad actual de la acción de recobro se subordina al pago previo del valor del edificio”. (GJ TOMO LXXXVIII. Págs. 526-532).

En el mismo sentido se pronuncia la doctrina. Así, por ejemplo, Luis Díez-Picasso manifiesta:

“Por todo ello, nosotros nos inclinamos a pensar que las reglas de los arts. 358 y 365 se aplican también cuando el constructor se encuentra ligado por una previa relación jurídica con el dueño del suelo (arrendatario, etc.). Apoyan esta conclusión no sólo alguna jurisprudencia sino también los textos históricos, en los que gran parte de las normas de la accesión se aplicaron precisamente para resolver problemas planteados por arrendatarios. Es cierto, sin embargo, que las reglas de los arts. 358-365 son de carácter general y habrán de ceder cuando exista una norma de carácter especial o más concreta. Nos parece cierto también que cuando existe una relación jurídica entre constructor y propietario, especialmente regulada por la ley, lo que se impone es una interpretación conjunta o sistemática de las dos esferas o planos normativos”. (“Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Tomo II, editorial Tecnos, Madrid. 1978)

4. Cumple asentar, por supuesto, que la anotada regla general, como las demás de similar naturaleza, tiene cabida, salvo expresa excepción legal o convencional, circunstancia por la cual, si no existe ninguna salvedad, impónese entonces, indefectiblemente, su aplicación, aserto de donde emerge como inadmisibles esperar que el legislador, en cada caso o para cada contrato en particular, deba repetir las reglas generales concretándolas al asunto correspondiente, proceder que, ahí sí, repulsaría a una sana técnica legislativa; por el contrario, el sentido común, la lógica y la razón señalan que solamente respecto de aquellas hipótesis frente a las cuales no se quiere que obre la regla general, se debe plasmar explícitamente la excepción de rigor.

Desde luego que de no ser las cosas de ese modo, se llegaría a la conclusión, claramente desacertada, de que el silencio del legislador al tratar determinada materia debe entenderse como una derogación de los principios generales. Así, por ejemplo, como en materia del contrato de prenda no se reguló de manera específica lo concerniente con el mejoramiento que el bien pignorado eventualmente pudiera tener, con el consentimiento del dueño, habría que colegir, entonces, que el legislador quiso proscribir allí el pago de las mejoras efectuadas por el acreedor prendario. Conclusión que además de ser terriblemente injusta es ilógica. Otro tanto acontecería, v. gr. en el contrato de depósito.

Ya está dicho que el artículo 739 ejusdem, constituye una regla general que repudia el enriquecimiento sin justa causa, de manera que, de no existir mandato legal o convencional en

contrario, su exclusión, inclusive cuando media entre las partes un pacto, deviene como sinonimia de la tolerancia a los incrementos patrimoniales indebidos. Por tanto, si existe la anotada prescripción legal y ella está enderezada a gobernar las diversas hipótesis que en cada acontecimiento puedan suscitarse, dentro de las que se hallan, se insiste, las que implican tenencia consentida por las partes, no habría de esperarse, como apuntó la Corte, que para conjurar la ocurrencia de cada vicisitud el ordenamiento deba reiterarla cada vez.

5. Por lo demás, no considero atinado inferir como principio general, bajo la óptica trazada, que en el comodato el mero lapso de tenencia permita al comodatario recuperar la inversión eventualmente efectuada, habida cuenta que tal regla ni obra en el ordenamiento, ni se deduce del mismo, máxime cuando al establecerla se dejan por fuera importantes situaciones, v. gr. como las del comodato precario (art. 2219 *ibid*) o aquellas en que su plazo es muy breve, lo mismo que cuando casualmente se presenta la muerte del comodatario (art. 2205-1 *ibídem*).

6. Finalmente, es palmario que si en tratándose del comodato el código establece unas pautas explícitas en materia de expensas, no es porque quisiera excluir el pago de las mejoras efectuadas a ciencia y paciencia del dueño, sino, por el contrario, porque quiso instituir unas reglas específicas propias de la naturaleza de ese contrato, las cuales divergen de las que gobiernan otros con los que pudiera tener alguna afinidad, como el depósito.

PEDRO OCTAVIO MUNAR CADENA

Magistrado

E.V.P. Exp. No. 68001-3103-009-2000-00710-01

2



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.

Normograma del Ministerio de Relaciones Exteriores

ISSN 2256-1633

Última actualización: 30 de septiembre de 2024 - (Diario Oficial No. 52.869 - 4 de septiembre de 2024)

