

Ibagué, 20 de mayo de 2019.

DTJ- 025-2019-132



CDT-RS-2019-00004239

Doctora:

**CARMEN PATRICIA HENAO MAX**

Gerente Hospital San Rafael ESE

Dirección: Calle 4 No. 6-29

El Espinal – Tolima

**Asunto:** Respuesta a solicitud de concepto del 05 de abril de 2019.

De manera muy respetuosa me dirijo a Usted con el fin de dar contestación a su solicitud de concepto de fecha 08 de abril de 2019.

<b>Concepto Jurídico</b>	<b>009</b>
<b>Tema:</b>	Contratos de Comodato
<b>Problema Jurídico:</b>	Se pueden realizar adecuaciones físicas con inversión de recursos en bienes inmuebles recibidos en comodato.
<b>Fuentes formales:</b>	Código Civil La Ley 9 de 1989

### **Sobre Este Concepto jurídico:**

Conforme al Artículo 28 de la Ley 1755 de 2015 Este concepto jurídico no es obligatorio ni vinculante, se trata de una opinión, apreciación o juicio, que sirve como simple elemento de información o criterio de orientación, o como materia de consulta sobre las cuestiones en él planteadas.

De allí que la Entidad que lo ha solicitado no está sometida a lo que en él se concluye o se opina, de modo que pueden o no acogerlo, sin que se derive ningún tipo de responsabilidad sobre la entidad que lo emite.

Como es conocido la función primordial de la Contraloría Departamental del Tolima, es ejercer la vigilancia fiscal de las entidades territoriales del nivel departamental y municipal, descentralizadas y por servicios.

Así que de manera muy general procedemos a dar respuesta al caso planteado, una vez estudiada la normatividad relacionada con el caso propuesto.

### **Normatividad:**

#### **1. Condigo civil**

El artículo 2200 del Código Civil, define el contrato de comodato o préstamo de uso como aquel;

“en que una de las partes entrega a la otra gratuitamente una especie mueble o raíz, para que haga uso de ella y con cargo de restituir la misma especie después de terminar el uso...”, contrato que “...no se perfecciona sino por la tradición de

la cosa”, “...debiendo entenderse éste último vocablo simplemente como su entrega, dado que el comodante no se desprende ni de la propiedad, ni de la posesión, permitiendo únicamente su uso...”.

**ARTICULO 2216. INDEMNIZACIÓN DEL COMODATARIO POR EXPENSAS.** El comodante es obligado a indemnizar al comodatario de las expensas que sin su previa noticia haya hecho, para la conservación de la cosa, bajo las siguientes condiciones:

1. Si las expensas no han sido de las ordinarias de conservación, como la de alimentar al caballo.
2. 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.

## **2. La Ley 9 de 1989**

“Artículo 38 Las Entidades públicas no podrán dar en comodato sus bienes inmuebles sino únicamente a otras entidades públicas, sindicatos cooperativa asociaciones y fundaciones que no repartan utilidades entre sus asociados o fundadores ni adjudiquen sus activos en el momento de sus liquidación a los mismos, juntas de acción comunal, fondo de empleados, y las demás que puedan asimilarse a las anteriores, y por un término máximo de cinco (5) años renovables.

Los comodatos existentes y que hayan sido celebrados por las entidades públicas con personas distintas de las señaladas en el inciso anterior, serán renegociados por la primera para limitar su término a tres (3) años renovables, contados a partir de la promulgación de la presente ley”.

## **3. Ley 80 de 1993**

De conformidad con lo previsto en el artículo 32 de la ley 80 de 1993, las Entidades estatales pueden celebrar este tipo de contrato bajo las normas establecidas en el derecho privado, observando los límites señalados en normas especiales sobre la materia, en cuanto al tiempo máximo de duración y la destinación o uso que debe darse al bien.

Cuando el contrato de comodato se celebre entre una Entidad Estatal y una entidad privada sin ánimo de lucro de reconocida idoneidad, se requiere que los programas que se pretendan fomentar con dicho contrato, tengan una relación de medio a fin con los planes y programas de la entidad comodante, acorde con lo previsto en el artículo 355 de la Constitución Política y los decretos 777 y 1403 de 1992.

## **4. Frente a la realización de arreglos y adecuaciones locativas por parte del comodatarios la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha dicho lo siguiente:**

En materia de mejoras y solicitud de pagos por éstas, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de agosto 4 de 2008, expediente 00710-01, con ponencia del magistrado Edgardo Villamil Portilla sentenció lo siguiente:

“Para la Sala, tratándose del contrato de comodato, los artículos 2216 y 2217 del Código Civil prevén las obligaciones que en materia de expensas e



indemnizaciones son de cargo del comodante, esto es, el pago de los gastos extraordinarios causados por la conservación de la cosa y los perjuicios derivados que los vicios que ello pudo tener; de modo que, 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 para ser puesta a su servicio, justamente para su bienestar y no la del comandante, salvo que las partes del negocio hayan convenido ese reconocimiento. Razón por la cual si la cláusula contractual guardó silencio deviene el fracaso de la pretensión de reconocimiento de la mejora, más aún cuando las súplicas se fundamentaron en el artículo 739 *ibídem*, enunciado normativo que, por ser de orden extracontractual, resulta impertinente en la relación convencional objeto de litigio”.

“El comodatario no tiene derecho a reclamar por las mejoras útiles que haya realizado.

EXTRACTOS: «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”<sup>(4)</sup>.

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. [...].

1.6. 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 Estas 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, solo 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 solo 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, aun 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)..."<sup>(6)</sup>.

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"<sup>(7)</sup>.



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" <sup>(8)</sup>. 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*), comoquiera 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" (9).

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: 'distinguímos 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*'" (10).

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" (11).

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" (12).

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 solo se constituye por contrato; el usufructuario adquiere los frutos, no así el comodatario" (13).

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" (14).

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 aquel 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, comoquiera 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" <sup>(15)</sup>; 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 ss. *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 <sup>(16)</sup>.

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 este 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 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*<sup>17</sup>;

*"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*

---

<sup>17</sup> Mazeud, Ob. Cit. Págs. 436, 438.

*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"<sup>2</sup>;*

*"... -el comodatario- no tiene derecho a reembolso de los gastos que haya soportado para servirse de la cosa"<sup>3</sup>;*

*"...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"<sup>3</sup>;*

*"El comodatario no tiene derecho al reembolso de los gastos efectuados para servirse de la cosa"<sup>4</sup>;*

*"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"<sup>5</sup>.*

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

---

2 De Ruggiero, Roberto, Instituciones de Derecho Civil, Tomo I, Volumen I, Instituto Editorial, Madrid, 1944, pág. 441.

3 Barrios Errazuriz Alfredo, Ob. Cit. Pág. 349.

4 Rotonda Mario, Instituciones de Derecho Privado, Editorial Labor S.A., Barcelona, 1953.

5 Diez Picazo, Luis y Gullón Antonio, Sistema de Derecho Civil, Volumen II, 5ª edición, Madrid, 1988, pág.437.

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 campar 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 comercial 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".(...)

## 5. Conclusiones:

Según el Artículo 2200 del código civil el comodato o préstamo de uso es un contrato a través del cual una de las partes entrega a la otra gratuitamente un bien mueble o inmueble, para que haga uso de él y con cargo de restituir la misma especie después de terminar el uso. Este contrato no se perfecciona sino por la tradición de la cosa.

Que de conformidad con el artículo 32 de la ley 80 de 1993 las entidades estatales están facultadas para celebrar este tipo de contrato regulado por el derecho privado, observando los límites señalados en normas especiales sobre la materia en cuanto al tiempo máximo de duración y la destinación o uso que debe darse al bien.

Cuando el contrato de comodato se celebre entre una entidad pública y una privada sin ánimo de lucro de reconocida idoneidad, se requiere que los programas que se pretenda fomentar con dicho contrato, tengan relación directa con los planes y programas de la entidad comodante acorde con lo previsto en el artículo 355 de la Constitución Política y el decreto 92 de 2017.

Entonces, mediante el contrato de comodato se traslada el uso y disfrute de un bien, de manera gratuita, y que tiene entre sus principales características ser un contrato real, bilateral, principal, nominado, intuitu persone y esencialmente gratuito, aunque las partes le den designación de comodato, si cambian sus características u obligaciones puede convertirse en otro negocio jurídico.

Que entre las principales obligaciones del comodatario están: i) usar el bien únicamente para la destinación pactada el uso convenido y a falta de éste para el uso ordinario propios de su clase, so pena de reparar todo perjuicio y restituir en forma inmediata el bien (art. 2002 del C.C.); ii) emplear el mayor cuidado en la conservación de la cosa y responder si el comodato se hubiere acordado en pro del comodatario hasta de culpa levísima, si lo fuere de ambas partes de culpa grave y si es del comodante de culpa lata, por todo deterioro que no provenga de la naturaleza o del uso legítimo de la cosa (arts. 2003 y 2004 del C.C.); iii) responder del caso fortuito cuando empleó la cosa en un uso indebido o demoró su restitución a menos que se acredite que el deterioro o pérdida



hubiera sobrevenido igualmente sin el uso ilegítimo o la mora, así como cuando éste ha sobrevenido por culpa suya, o cuando en la alternativa de salvar de un accidente la cosa prestada o la propia prefirió deliberadamente la suya y cuando expresamente se ha hecho responsable del caso fortuito (art. 2003 del C.C.); y iv) restituir la cosa prestada en el tiempo convenido o a falta de convención después de su uso, restitución que podrá exigirse aún antes de tiempo si muere el comodatario, o le sobreviene al comodante una obligación imprevista y urgente de la cosa o no tiene lugar el servicio para el cual se ha prestado la cosa (art. 2005 del C.C.).

En cuanto a la indemnización de mejoras, el comodante es obligado a indemnizar al comodatario de las expensas que sin su previa noticia haya hecho, para la conservación de la cosa, bajo las siguientes condiciones:

1. Si las expensas no han sido de las ordinarias de conservación, como la de alimentar al caballo.
2. Si han sido necesarias y urgentes, de manera que no haya sido posible consultar al comodante, y se presume fundadamente que teniendo éste la cosa en su poder no hubiera dejado de hacerlas.

A criterio de la Corte el comodatario no tiene derecho a pedir la devolución de las inversiones que realiza para adecuar la cosa a sus necesidades, 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 al contrario 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.

Por tanto en el caso planteado por la consulta, a criterio de este Despacho no puede existir detrimento patrimonial al realizar adecuaciones locativas para luego usar un bien inmueble dado en comodato, precisamente para cumplir con sus objetivos institucionales.

De esta manera damos contestación a las inquietudes formuladas mediante oficio del 08 de abril de 2019.

Sin otro particular,

Atentamente,

  
**OLGA MERCEDES CORDOBA ZARTA**  
Directora Técnica Jurídica

Proyectó:  
FATA(PU)

Recd- 1473

JUR 1/2/19

CONTRALORIA DPTAL. DEL TOLIMA  
SECRETARIA GENERAL

08 ABR 2019

HORA: 2:24 PM

RECIBI: *[Signature]*



HOSPITAL SAN RAFAEL DE EL ESPINAL TOLIMA E.S.E

20190405-01301

Tip. Radicado. Salida - Hora: 09:35  
Dependencia: 100.GERENCIA  
Radicado Por: BRAYAN NICOLAS L



Oficio GRE-101-

El Espinal,

Doctor:  
EDILBERTO PAVA CEBALLOS  
Contralor Departamental del Tolima  
Ibagué

Referencia: Solicitud concepto jurídico

Cordial saludo;

CARMEN PATRICIA HENAO MAX, identificada con cedula de ciudadanía No. 30.328.159 de Manizales, obrando en calidad de Gerente y Representante Legal del Hospital San Rafael de El Espinal Tolima E.S.E., nombrada por Decreto No. 0126 del 27 de Febrero de 2017 y posesionada el 27 de Febrero de 2017, respetuosamente me dirijo a usted con el fin de que me sea atendida y resuelta la siguiente consulta que a continuación expongo:

El Hospital San Rafael E.S.E. se encuentra interesado en suscribir un contrato con el municipio de El Espinal para tomar en comodato un predio de propiedad del ente territorial con el objetivo de ofertar servicios de salud ambulatorios. Para cumplir con dicho objetivo se requiere que la ESE realice unas adecuaciones y/o construcciones sobre el bien, lo que implica efectuar unas inversiones con cargo al presupuesto del Hospital. ¿Puede esta situación generar un detrimento patrimonial a la ESE?

Recibo notificaciones en la calle 4 No. 6-29, El Espinal Tolima.

Atentamente,

*[Signature]*

CARMEN PATRICIA HENAO MAX  
Gerente Hospital San Rafael E.S.E.

CONTRALORIA DPTAL DEL TOLIMA  
DIRECCIÓN TÉCNICA JURÍDICA

FECHA: 9- Abril - 19

HORA: \_\_\_\_\_

RECIBI: *[Signature]*

Proyecto: Cristhian Ramírez - Oficina Jurídica