

DR  
#0025



CONTRATOS QUE IMPLICAN LA LESION DEL GOCE

LEXIS BLANCO AHUMADA  
VILMA ATENCIO RAMOS  
YENIS CORTINA BOLIVAR

BARRANQUILLA  
CORPORACION EDUCATIVA MAYOR DEL DESARROLLO  
"SIMON BOLIVAR"  
FACULTAD DE DERECHO

1994

CONTRATOS QUE IMPLICAN LA LESION DEL GOCE

LEXIS BLANCO AHUMADA

VILMA ATENCIO RAMOS

YENIS CORTINA BOLIVAR

Trabajo de Grado presentado como  
requisito parcial para optar al  
título de ABOGADO.

BARRANQUILLA

CORPORACION EDUCATIVA MAYOR DEL DESARROLLO

"SIMON BOLIVAR"

FACULTAD DE DERECHO  
1994

Nota de Aceptación

---

---

---

---

Presidente del jurado.

---

Jurado

---

Jurado .

Barranquilla, 1994

## DEDICATORIA

Este trabajo va dirigido a Dios y a todas aquellas personas que de una u otra forma, fueron un punto de apoyo para llegar al final de esta etapa, la cual me impulsa y me motiva para continuar la meta propuesta.

Igualmente de una manera muy especial ofrezco este triunfo a mis hijas: Doreydis P. Ramos A, Yeslys E. Ramos Atencio y Dorely L. Ramos Atencio, a mi hermano José Atencio Orozco y a mi amiga Amparo guzmán . Todos ellos saben que el amor que les tengo es el más valioso ingrediente en todo cuanto hago.

Agradezco a la Universidad Simón Bolívar especialmente a los Doctores: Blas González, Rodolfo Pérez, Moisés Consuegra, quienes contribuyeron de una u otra manera a la realización de mis propósitos y objetivos.

VILMA ATENCIO O.

## TABLA DE CONTENIDO

	Pág
CAPITULO 1	
CONTRATOS QUE IMPLICAN LA LESION DEL GOCE	1
1.1. ARRENDAMIENTO	1
1.1.1. Concepto e importancia	1
1.2. CLASIFICACION	3
1.3. CONSENTIMIENTO Y CAPACIDAD	5
1.4. EL BIEN ARRENDADO	6
1.5. EL PRECIO	8
1.6. ARRENDAMIENTO DE COSA AJENA	9
1.7. DURACION DEL ARRENDADOR	10
1.8. OBLIGACIONES DEL ARRENDADOR	12
1.9. OBLIGACION DE ENTREGAR LA COSA ARRENDADA	13
1.10. OBLIGACION DE LIBRAR AL ARRENDATARIO DE TODA TURBACION O EMBARAZO EN EL GOCE DEL BIEN	17
1.11. OTRAS OBLIGACIONES DEL ARRENDADOR	20
1.12. OBLIGACIONES DEL ARRENDATARIO	20
1.13. OBLIGACIONES DE PAGAR EL PRECIO DEL ARRIENDO	21
1.14. OBLIGACION DE HACER DEL BIEN UN USO APROPIADO	23
1.15. OBLIGACION DE CUSTODIAR Y CONSERVAR EL BIEN	24
1.16. OBLIGACION DE ABSTENERSE DE CEDER A TERCEROS	

EL USO DE LA COSA	27
CAPITULO 2	
COMODATO	30
2.1. NOCION Y CLASIFICACION	30
2.2. ELEMENTOS	32
2.3. EL OBJETO PRESTADO	33
2.4. COMODATO DE COSA AJENA	34
2.5. OBLIGACIONES DEL COMODATARIO	34
2.6. OBLIGACION DE UTILIZAR EL BIEN DEBIDAMENTE	34
2.7. OBLIGACION DE CONSERVACION Y CUSTODIA	35
2.8. OBLIGACION DE RESTITUIR AL TERMINO DEL CONTRATO	37
2.9. OTRAS OBLIGACIONES DEL COMODATARIO	41
2.10. RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DE LOS COMODATARIOS	42
2.11. OBLIGACIONES DEL COMODANTE	42
2.12. OBLIGACIONES DEL REEMBOLSAR CIERTAS EXPENSAS	42
2.13. OBLIGACION DE INDEMNIZAR CIERTOS PERJUICIOS	43
2.14. RESPONSABILIDAD DE LOS HEREDEROS DE LAS PARTES	43
2.15. EL DERECHO DE RETENCION EN EL COMODATO	44
2.16. COMODATO PRECARIO	44
CAPITULO 3.	
MUTUO	45
3.1. IDEA GENERAL Y DEFINICION	45
3.2. CLASIFICACION	48
3.3. ELEMENTOS	49
3.4. OBLIGACIONES DEL MUTUARIO	50
3.5. OBLIGACIONES DE RESTITUIR LOS GENEROS PRESTADOS	51

3.6.	OBLIGACION DE PAGAR INTERESES O RENDIMIENTOS	51
3.7.	OBLIGACIONES DEL MUTUANTE	51
CAPITULO 4.		
ANTICRESIS		53
4.1.	NOCION	54
4.2.	CLASIFICACION	54
4.3.	MANDATO	55
4.3.1.	Definición	55
4.3.2.	Clasificación	55
4.4.	CLASES DE MANDATO	56
4.5.	AUTOCONTRATACION	58

## CAPITULO 1

### CONTRATOS QUE IMPLICAN LA LESION DEL GOCE

#### 1.1. ARRENDAMIENTO

##### 1.1.1. Concepto e importancia.

Para el Código Civil Colombiano, el arrendamiento constituye un género que agrupa especies diversas: arrendamiento de cosas, de obra y de servicios, de criados domésticos y de transporte. El derecho moderno ha prescindido de esta noción múltiple y, delimitando debidamente los conceptos, ha reservado la denominación de arrendamiento para aquel contrato por el cual una persona se obliga a conceder el uso de un bien a otra y ésta se obliga, a su vez, a pagar por ese uso un precio determinado. Es decir, para el llamado por nuestro estatuto arrendamiento de cosas.

Este es, pues, el único verdadero arrendamiento y el que como tal se estudiará en este capítulo. Otro de los contratos antes designados con el mismo nombre genérico (el arrendamiento de obra) tiene su lugar propio en esta

obra y los demás escapan al contenido de la misma, porque ya son materia de disciplinas jurídicas distintas del derecho civil.

El contrato de arrendamiento, entendido como ha quedado expuesto, cumple una función económica de notoria importancia. El facilita la utilización de aquellos bienes que nos son necesarios y que no podemos, o eventualmente no queremos, adquirir en propiedad. Desde la casa de habitación, elemento esencial de subsistemas cuyo precio de compra escapa a las posibilidades de muchos, hasta el traje de etiqueta que ocasionalmente requerimos para asistir a una ceremonia social y cuyo uso pasajero hace inútil su adquisición, todas las cosas que pueden usarse sin consumirse (con las salvedades que se iniciarán a su debido tiempo) pueden ponerse a nuestra disposición mediante el contrato en estudio, el cual es, por lo mismo, un eficaz sustituto de la compraventa como instrumento para la satisfacción de las diarias necesidades que nos apremian.

En otro orden, el arrendamiento constituye un medio expedito para armonizar los derechos individuales del dueño con la función social que está llamada a cumplir la propiedad, pues, a la vez que permite al propietario obtener de su capital la renta a que justamente aspira, se pone sus bienes al servicio de las necesidades ajenas y

contribuye, con ello, a la solución de problemas generales de gravedad, como es, por ejemplo, el de la falta de viviendas.

## 1.2. CLASIFICACION

a) En nuestro sistema jurídico, el arrendamiento es un contrato puramente consensual, cuya celebración no está sujeta a formas especiales. Solamente para efectos de prueba, es necesario en la mayoría de los casos, que conste por escrito, en virtud de lo dispuesto en el artículo 91 de la ley 153 de 1887. Las partes, sin embargo, lo mismo que cuando se trata de compraventa consensual, pueden someter a solemnidades voluntarias su contrato de arriendo y pueden igualmente, en tal caso, retractarse del mismo mientras no se cumpla la formalidad acordada o no, se dé principio a la ejecución del convenio. Así lo establece el artículo 11979 del Código Civil.

Cuando el contrato se celebra por escritura pública, produce efectos especiales, de oportunidad a terceros, los cuales serán examinados en el lugar correspondiente.

El derecho moderno, con toda razón si se tiene en cuenta la importancia que ha llegado a alcanzar el contrato de arriendo, tiende a restringir su consensualidad. Así, el

código mexicano exige que se otorgue por escrito siempre que el canon pase de cien pesos mensuales y, así recaer sobre un predio rústico y la renta es mayor de cinco mil pesos anuales, impone la necesidad de una escritura pública. Del mismo modo, otras legislaciones requieren expresamente, para ciertos arriendos (aunque no con el carácter de requisitos "ad solemnitatem"), las constancias escritas.

b) El arrendamiento es, además, contrato bilateral y oneroso. Ambas partes asumen un deber de prestación y cada una de ellas se grava en beneficio de la otra. El arrendador debe conceder el uso del bien y el arrendatario debe pagar el precio correspondiente.

c) Es un contrato por lo general conmutativo. Al celebrarlo, se conocen las prestaciones y se puede apreciar su equivalencia, de manera que no se corre la incertidumbre de ganar o perder. Se hace, no obstante, aleatorio cuando el precio consiste en frutos naturales de la cosa arrendada y se fija en una cuota de los de cada cosecha.

d) Es un contrato de ejecución sucesiva. No se cumple en un solo momento. El uso del bien se prolonga en el tiempo y el canon se paga, comúnmente, mediante sumas periódicas.

e) Es, por último, un acto de administración . Administrar, en pocas palabras, es atender a la conservación y productividad de los bienes y éstos se arriendan, precisamente, para hacerlos producir. El arrendador no enajena, no dispone de la cosa, no confiere un derecho real al arrendatario. Esto sólo tiene un derecho personal que le permite exigir el uso del bien. Así lo afirma la doctrina más acertada, aún por el caso de que el contrato se celebre por escritura pública y no obstante los efectos frente a ciertos terceros que esta circunstancia le atribuye.

### 1.3. CONSENTIMIENTO Y CAPACIDAD

El consentimiento y la capacidad que exige la formación válida del contrato de arriendo se gobiernan por los principios comunes. Por lo tanto, aquí se anotará únicamente que el artículo 501 del código colombiano, con miras a proteger los intereses del incapaz prohíbe en forma absoluta ( y por ende bajo pena de nulidad absoluta), al guardador y a ciertas personas allegadas al mismo, tomar en arriendo bienes raíces del pupilo. En cuanto a los muebles, se establece igualmente una prohibición semejante, pero con el carácter de relativa (como relativa es también la nulidad que acarrea su violación), pues se condiciona, de acuerdo con el párrafo primero del texto mencionado, a la autorización de los

otros tutores, o curadores generales que no estén implicados de la misma manera, o a la del juez en subsidio.

#### 1.4. EL BIEN ARRENDADO

Puede ser materia de arriendo cualquier bien, corporal (como una casa o un animal) o incorporal (como la propiedad intelectual, una marca de fábrica o una patente de invención), siempre que, además de acomodarse a los principios generales sobre el objeto de las obligaciones, reúna las siguientes condiciones específicas:

a) Que pueda usarse sin consumirse. Los bienes cuyo uso sólo puede lograrse mediante su consumo, tales como los alimentos, la energía eléctrica y los combustibles, tales como los alimentos, la energía eléctrica y los combustibles, no pueden ser objeto de un contrato de arriendo. El consumo es un acto dispositivo que, como tal, sólo puede ser ejercido por quien tiene el poder de disposición, es decir, por el dueño. De manera que el uso de esta clase de bienes exige su previa adquisición en propiedad.

El arrendamiento se estructura como una operación que nos permite el uso temporal de un bien ajeno, el cual

debemos restituir en su misma individualidad, cuando termine nuestro derecho a utilizarlo. La disposición está excluida de nuestras facultades de arrendatarios. Si la utilización de una cosa requiere que dispongamos de la misma, debemos emplear otros medios jurídicos para ponerla a nuestro alcance. Medios que nos confieren el necesario poder de disponer, tales como la compraventa, ya examinada en la primera parte, o el mutuo o préstamo de consumo, que nos otorga el dominio del objeto y nos obliga a devolver su equivalente, según se verá al efectuar el estudio de este contrato.

Desde luego, la inconsumibilidad no emana necesariamente de la naturaleza de los bienes. Puede depender de su destinación según el contrato y es, entonces, un efecto de la intención de las partes. Se hace así posible que ciertas cosas ordinariamente consumibles sean susceptibles de arrendarse para un uso extraordinario, distinto de aquél a que comúnmente están llamadas. Sirva de ejemplo el de unas botellas de un licoro fino y caro que se arriendan como elementos decorativos o como objetos de exposición.

b) Que su arrendamiento no este prohibido por la ley y que no se trate de un derecho de los que tienen el carácter de estrictamente personales. Es el caso de los derechos reales de uso y habitación, ya que éstos ,no solamente son personalisísimos, inseparables de su titular, sino que ,

además, están excluidos del arriendo por disposición expresa del legislador.

#### 1.5. EL PRECIO

El precio es la contraprestación que el arrendatario debe pagar por el uso que se le concede. Consiste, de ordinario, en dinero, pero puede convenirse también en frutos naturales de la cosa arrendada. Además, en opinión del autor y aunque no esté reconocido así, de modo expreso, en nuestro derecho, es posible pactar el precio en frutos civiles del bien, sin que por ello se desfigure el tipo contractual "arrendamiento".

Hay muchas cosas, que por su naturaleza, no son susceptibles de rendir frutos naturales, pero cuya explotación si da lugar a la producción de frutos civiles. Siendo así, no sería razonable admitir una diferenciación, respecto de la posibilidad de que los rendimientos sirvan de precio del arriendo, con base en un factor tan secundario como el de su clasificación según la doble categoría de que se trata.

Generalmente el precio se estipula por períodos de uso y para ser cubierto, mediante cantidades sucesivas, a medida que aquellos transcurran. Nada impide, sin embargo, el precio consistente en una prestación única, lógicamente

acostumbrado cuando el arrendamiento comprende plazos breves.

El precio del arrendamiento, como el de la compraventa, debe ser determinado o, al menos, determinable mediante bases señaladas en el contrato. Debe también ser real, es decir, no simplemente simulado o aparente, ni tan insignificante que en el fondo equivaga a la falta de precio, porque en cualquiera de estos dos eventos, el negocio se convierte en un acto gratuito (comodato). En la primera parte de estas notas se comentaron más ampliamente, a propósito de la compraventa, las anteriores características:

#### 1.6. ARRENDAMIENTO DE COSA AJENA

El legislador colombiano autoriza el arriendo de cosa ajena (art. 1974, párrafo segundo, del código), aunque admitiendo su inoponibilidad al propietario, y reconocer el derecho del arrendatario a que se le indemnicen los perjuicios que sufra en caso de evicción. Se trata de principios iguales, en lo pertinente a los que aceptan y gobiernan la venta de cosa ajena, ampliamente explicados en su lugar.

Como en el caso de la venta, la inoponibilidad desaparece retroactivamente por la ratificación del contrato por parte del dueño. Además, la adquisición del bien por el

arrendador estabiliza la situación del arrendatario.

Esta amplia admisión del arriendo de un bien ajeno no es un ánimo en las legislaciones. El código mecánico, por ejemplo, la limita a los casos en que el arrendador "Tiene facultad para celebrar este contrato, ya en virtud de la autorización del dueño, ya por disposición de la ley en las cuales parece claro que, más que en lo negocios sobre cosas ajenas, no se trata de actos concluidos por conducto de representantes convencionales o legales.

#### 1.7. DURACION DEL ARRENDADOR

Hay legislaciones que consagran, en forma expresa, la temporalidad de la relación que genera el contrato de arrendamiento.

Es el caso del código mexicano, el cual define la obligación del arrendador como la de conceder el uso o goce temporal de una cosa y señala límites máximos de duración para el arriendo de fincas destinadas a habitación, al comercio, y al ejercicio de una industria (10, 15 y 20 años, respectivamente). Además, asigna arrendamiento de muebles cuando no tiene plazos contractuales ni su duración puede determinarse por el uso que el bien se destine a un término legal de 15 días, después de los cuales el arrendador

puede exigir la restitución de la casa.

En Colombia, el arrendamiento no tiene plazo máximo de duración señalado legalmente. Pero en la función está llamado a cumplir y de su regulación misma se desprende la relación que genera este contrato tiene una vigencia limitada. En efecto: se trata de un negocio cuya finalidad es permitir, a personas diferentes del dueño la utilización de una cosa, la cual debe volver al propietario una vez cese la facultad del aprovechamiento concedida al arrendatario, por eso a este corresponde como efecto de la calidad que ostenta observar la conducta propia de quien algún día ha de dar cuenta del bien y a quien tiene el poder jurídico sobre él. Así, entre sus principales obligaciones están la de estudiar la casa arrendada y participar en los cuidados necesarios para su conservación y la de restituirla cuando termine el uso que se le ha permitido.

Refuerza, por otra parte, esta opinión sobre la temporalidad del arriendo en nuestro derecho de institución del desahucio a la cual se hará referencia más adelante.

Resulta, entonces, que el llamado arrendamiento perpetuo que suele usarse para la cesión de los ciertos bienes (como los osarios en los templos), no tienen da tal sino el nombre y es, en la realidad un acto distinto.

## 1.8. OBLIGACIONES DEL ARRENDADOR

El contrato de arrendamiento expone al arrendador la obligación de conceder o permitir al arrendatario el uso de la cosa arrendada que trata de una obligación de la llamada "De hacer" que corresponde a la finalidad misma del negocio en el interés económico que en él tiene el arrendatario. Por tal razón, si cumplimiento genera para este el derecho de desvinculación propia de los contratos bilaterales.

Debe advertirse sin embargo, que, reproducirse el incumplimiento del arrendador o en su caso, la violación de los deberes fundamentales del arrendatario, ya este último se encuentra utilizando el bien, la desvinculación en referencia no produce los efectos de la resolución ordinaria que retrotrae la situación en las partes al Estado precontractual. Esto, por la obvia circunstancia de que el uso ya efectuado, dada la solemne naturaleza, es imposible de restituir y porque, en consecuencia, el precio le corresponde debe reconocerse al arrendador, a fin de que aquel uso no se constituya un enriquecimiento sin causa para las partes con él beneficiadas. Por eso se dice que, en esta hipótesis, se trata no de una resolución propiamente dicha, sino de un fenómeno semejante, cuyos efectos se proyectan sólo hacia el futuro y para el cual se viene aceptando el nombre especializado de "terminación "

del contrato.

#### 1.9. OBLIGACION DE ENTREGAR LA COSA ARRENDADA

La entrega es el primer paso en el cumplimiento de la obligación que tiene el arrendador de conceder el uso del bien, ya que, mediante ella, éste se pone a la disposición del arrendatario para que lo utilice en la forma que le permite el contrato.

Desde luego, compete en primer término a las partes determinar, en su convenio, las modalidades de la entrega, es decir, la manera y las circunstancias de tiempo y de lugar para efectuarla. En caso de silencio, son de aplicación las normas legales supletorias establecidas sobre la materia.

En el código colombiano, esas norma supletorias enseñan que la entrega podrá hacerse bajo cualquiera de las formas de tradición reconocidas por la ley" (art. 1978),. Parece pues que, según dicho texto, la entrega debe efectuarse por uno de los medios señalados en el art. 754 de la misma obra como idóneos para el traspaso del dominio de los bienes muebles.

Puede considerarse no obstante, aparte de tecnicismos muy rigurosos, que la entrega de la cosa arrendada es válida

siempre que se realice por cualquier medio, aunque no encaje muy cabalmente en la enumeración de nuestro artículo 754, sea suficiente en cada caso concreto y teniendo en cuenta las relaciones que median entre las partes y los dictados de la buena fe contractual.

La entrega es, por otra parte, entre nosotros, el hecho, que en el caso de un doble arrendamiento del mismo bien, da preeminencia definitiva al derecho del arrendatario que ha recibido sobre el derecho del otro. En efecto: el artículo 1980 del código establece que "si se ha arrendado separadamente una misma cosa, a dos personas, el arrendatario a quien se haya entregado la cosa será preferido, si se ha entregado a los dos la entrega posterior, no valdrá, si a ninguno, el título anterior prevalecerá".

El incumplimiento de la obligación de entregar da lugar a que el arrendatario pueda provocar el rompimiento del contrato. Esto es natural, por cuanto se trata de una obligación nacida de una relación jurídica bilateral y cuya violación significa nada menos que la frustración del interés que la parte perjudicada tiene en el negocio.

Es pues, aplicable en esta hipótesis el principio general consignado en el artículo 1546 del código colombiano, no obstante lo cual dicho estatuto, en una forma que parece

innecesaria, hace referencia especial a un caso correcto en que surge, para el arrendatario el derecho de desvinculación por incumplimiento . Es el caso de que la entrega se haga imposible por hecho o culpa del arrendador o de sus agentes o dependientes, contemplado en el artículo 1983, cuyo texto es el siguiente:

"Si el arrendador, por hecho o culpa suya o de sus agentes o dependiente, se ha puesto en la imposibilidad de entregar la cosa, el arrendatario tendrá derecho para desistir del contrato, con indemnización de perjuicios.

Nuestro legislador ha previsto también (art. 1984 del código ) el caso de mora en la entrega del bien, cuando ella obedece a hecho o culpa del arrendador o de sus agentes o dependientes , para reconocerle al arrendatario el derecho a que se le indemnicen los correspondientes moratorios.

Además, si por el retardo se disminuye notablemente para el arrendatario la utilidad del contrato, sea por deterioros que sufra el bien, sea porque cesen las circunstancias que motivaron el negocio (como si fuese en arriendo oportuno de recreo para las vacaciones y no me entregan en tiempo oportuno para disfrutarlas en ella), "podrá el arrendatario desistir del contrato, quedándole a salvo la indemnización de perjuicios siempre que el retardo no provenga de fuerza

mayor o caso fortuito, por la mala calidad del bien, por el transcurso del tiempo o por el uso legítimo.

Como ejemplos de esta clase de reparaciones, el artículo 2029 del código señala la reposición de la piedras, ladrillos y tejas que se quiebren o desencajen. El reemplazo de los cristales que se rompan, y la conservación, en estado de servir, de las puertas, ventanas y cerraduras. Y el mismo texto, en su último párrafo, establece la presunción de que el arrendatario "ha recibido el edificio en buen estado, bajo todos estos respectos, a menos que se pruebe lo contrario.

Para resumir, el régimen colombiano sobre reparaciones en el bien arrendado, cabe indicar que un pacto contractual expreso disponga algo distinto, la reposición de las baldosas de arriendo corresponde al inquilino. Que éste, para descargarse de tal obligación, debe demostrar que los desperfectos ocurrieron por un caso de fuerza mayor (como un terremoto), o que son atribuibles a la baja calidad de los pisos, o que son la reparación que se precisa no es de las llamadas locativas (cuyo concepto se expuso un poco más atrás), corre por cuenta del arrendador.. Tal es el arreglo de un muro que se falsea por causa de una construcción contigua.

Falta sólo añadir, que aunque nuestra regulación del

arrendamiento no lo advierte expresamente, como si lo hacen las de otros países, según las circunstancias, sobre la necesidad de las reparaciones que al último corresponde efectuar. Es una obligación que imponen principios generales de derecho e ineludible aplicación a toda relación contractual, especialmente el principio de la buena fe, que debe presidir su ejecución. Al fin y al cabo el arrendatario, como persona que se encuentra al cuidado inmediato de la cosa, es quien está en condiciones de conocer su estado y los deterioros, que en ella se produzcan, lo cual no es posible, o, al menos, es difícil para el arrendador, ya que éste se desprende, precisamente en beneficio de aquél, del contacto directo con el bien.

En las legislaciones extranjeras, el régimen de las reparaciones descansa sobre principios que, sustancialmente, se identifican con los de nuestro país. Pueden verse, para comprobarlo, disposiciones como las que contienen los códigos mexicano, alemán y español.

#### 1.10. OBLIGACION DE LIBRAR AL ARRENDATARIO DE TODA TURBACION O EMBARAÑO EN EL GOCE DEL BIEN

El arrendador, no cumple el contrato únicamente con entregar el bien y con realizar lo que le compete para mantenerlo en estado de servir. Para el arrendatario esto no es

suficiente, si por otra parte, ha de estar sometido a molestias en vida o dificulten la obtención de las ventajas se propone lograr de la cosa al contratar. Necesita, pues, estar protegido contra esas molestias o dificultades, que pueden provenir del arrendador mismo o de terceros o que pueden ser ocasionadas por los vicios o defectos del bien. Y a esa necesidad de protección corresponde el deber del arrendador de librarlo, de toda turbación o en brazo en el uso a que tiene derecho.

El arrendador está obligado también, a proteger al arrendatario contra las perturbaciones provenientes de terceras personas que hagan valer derechos sobre el bien arrendado, por ejemplo su propiedad total o parcial.

Se trata, como puede apreciarse, de una obligación de saneamiento en casos de evicción, al estilo de la que pesa sobre el vendedor, aunque, en nuestro código, no tan prolijamente reglamentada como esta.

En efecto: el mencionado estatuto, en el tratado del arrendamiento, apenas dedica a la garantía contra la vicción los arts. 1988 y 1989, los cuales establecen las siguientes reglas fundamentales:

a) La molestia debe provenir de un tercero que (como en el caso de compraventa) alegue un derecho sobre la cosa. Las simples perturbaciones de hecho son ajenas a la

responsabilidad del arrendador, y cuando ellas se presentan, corresponde al arrendatario perseguir "a su propio nombre", la reparación del daño.

b) El derecho que pretende el tercero, o su causa, debe ser como también se dió al tratar de la evicción en el contrato de venta, anterior a la celebración de arriendo.

c) Si la evicción es parcial, "podrá el arrendatario exigir una disminución proporcionada en el precio o renta del arriendo para el tiempo restante" si es total, o "de tanta parte de la causa arrendada desea de presumir que sin esa parte no había contratado", tendrá derecho a ser que cese el arriendo.

d) El arrendatario puede exigir indemnización de todo perjuicio cuando la causa del derecho justificado con el tercero fué o debió ser conocida por el arrendador al tiempo del contrato, pero no lo fué para el arrendatario, o conociéndola este, se estipuló especialmente el saneamiento respecto a ella.

e) Los terceros que presentan un derecho sobre la cosa arrendada deben dirigir su acción contra el arrendador. La obligación del arrendatario se limita a darle aviso de la turbación o molestia que alegan y, en el caso de que lo omita o dilate culpablemente, debe pagar los perjuicios de

su conducta ocasione al arrendador.

#### 1.11. OTRAS OBLIGACIONES DEL ARRENDADOR

Además de su obligación esencial de conceder el uso del bien examinada en los párrafos que acceden al arrendador de cumplir todas aquellas obras que le imponga el contrato, bien por cláusula expresa, o bien por disposición legal, aplicables bien por la necesidad de actuar de buena fé en el desarrollo de la relación convencional.

Así, por ejemplo, el arrendador debe reembolsar el arrendatario el valor de las reparaciones que este haya sufragado por su cuenta. Pagar el costo de los servicios de acueducto y energía del edificio alquilado, si a ello se ha comprometido/. Abstenerse de introducir un vecino indeseable en el apartamento contiguo y observar las obligaciones que él surjan del régimen sobre las mejoras se incorporen a la cosa arrendada.

#### 1.12. OBLIGACIONES DEL ARRENDATARIO .

El arrendatario tiene como obligaciones principales la de pagar el precio del arriendo, la de hacer del bien un uso apropiado. La de custodiarlo y conservarlo en el estado en que lo ha recibido. La de abstenerse , salvo autorización legal o convencional de trasladar a terceros el uso de la

cosa, y finalmente, la de efectuar la restitución a su debido tiempo. Cada una de estas obligaciones se analizará individualmente.

### 1.13. OBLIGACIONES DE PAGAR EL PRECIO DEL ARRIENDO

El precio del arriendo, de cuyas generalidades se trató, representa la obligación esencial del arrendatario, la que hace del contrato una relación de intercambio económico entre las partes, en la cual cada una de ellas se obliga a su prestación en atención al beneficio que espera recibir de la otra.

Por eso, la violación de este deber origina las consecuencias propias del incumplimiento de un contrato bilateral, es decir, hace surgir para el arrendador el derecho alternativo de obtener la terminación del arriendo o la ejecución de la prestación desatendida, más la indemnización de los perjuicios que se le ocasionen. Téngase en cuenta, sin embargo, que en nuestra legislación y cuando se trata del arrendamiento, de "casas, almacenes u otros edificios", el derecho a la terminación por no pago de la renta sólo se configura, según el artículo 21035 del Código Civil, cuando el arrendador ha formulado al inquilino "dos reconvenciones, entre las cuales medien a lo menos, cuatro días" y siempre que el arrendatario no preste una "seguridad competente" que haga el pago dentro

de un plazo razonable que no bajará de treinta días". Sobre esta regulación tan especial de los efectos de incumplimiento de una obligación se tratará de nuevo cuando, más adelante, se estudie el arrendamiento de viviendas.

Cómo, cuando y dónde debe pagarse el precio del arriendo es cuestión que compete a las partes determinar en el contrato respectivo. En cuanto falten previsiones expresas sobre estos puntos, son de aplicación los principios supletorios que estudia la teoría de las obligaciones y que regulan el cumplimiento de las mismas. Además, el artículo 2002 de nuestro código establece, en el tratado particular del arrendamiento, las siguientes reglas destinadas a llenar los vacíos contractuales sobre la oportunidad del pago:

"El pago del precio o renta se hará en los períodos estipulados, o a falta de estipulación, conforme a la costumbre del país, y no habiendo estipulación ni costumbre fija, según las reglas que siguen:

"La renta de predios urbanos se pagará por meses, la de predios rústicos por años.

"Si una cosa mueble o semoviente se arrienda por cierto número de años, meses, días, cada una de las pensiones

periódicas se deberá inmediatamente después de la expiración del respectivo año, mes o día.

"Si se arrienda por una sola suma, se deberá esta luego que terine el arrendamiento".

El sentido de esta norma es evidente,.

El valor de la renta que corresponde al tiempo durante el cual debiera subsistir el arriendo representa, para el arrendador, el lucro cesante originado en la culpa del arrendatario. Y ese lucro cesante, como se sabe, constituye uno de los factores que normalmente integran una indemnización de perjuicios, de acuerdo con el principio consagrado en el artículo 1613 del Código Civil Colombiano.

#### 1.14. OBLIGACION DE HACER DEL BIEN UN USO APROPIADDO

En virtud de la relación arrendataria, el arrendatario queda facultado para utilizar el bien en su servicio. Pero la utilización que se le permite no puede ser desordenada y arbitraria. Debe ser una utilización razonable, acomodada a ciertas pautas que se determinarán, en cada caso, teniendo en cuenta elementos tales como las cláusulas del contrato, la destinación económica de la cosa, la buena fe contractual, y la costumbre del lugar. Por eso se dice que el arrendatario está en la obligación de hacer del bien "un uso apropiado".

El uso apropiado, o lo que es lo mismo, la extensión de la facultad de utilización del arrendatario es, por lo común, materia que definen las partes en el contrato. A falta de convención expresa, deben tenerse en cuenta otros factores como la natural destinación económica del bien (no podrá utilizarse para carga un fino caballo de carreras que se toma en arriendo) y la costumbre del lugar. Sin olvidar las exigencias de la moral y de la buena fé contractual, según las cuales resulta inadmisibile que, por ejemplo, se destine el edificio alquilado a un objeto ilícito o se subarriende, si se tiene facultad para ello, a personas de notoria mala conducta.

El uso indebido o inapropiado del bien por parte del arrendatario constituye una violación del contrato, y como tal, autoriza al arrendador para reclamar su terminación con indemnización de perjuicios.

#### 1.15. OBLIGACION DE CUSTODIAR Y CONSERVAR EL BIEN

La obligación de custodia y conservación de la cosa arrendada corresponde a la idea, ya expresada en el presente capítulo, de mantenimiento del bien, durante la relación arrendaticia, en el estado en que se encuentra cuando ella se inicia, para que pueda ser restituido, al término del arriendo, sin más desmejoras que las que se

deban al tiempo o al uso legítimo del arrendatario .  
Corresponde además, a la necesidad de defender el bien  
contra las perturbaciones provenientes de terceras  
personas.

En efecto tanto el sostenimiento de la cosa en un estado  
determinado como su defensa contra los ataques de terceros  
exigen, en primer lugar, que alguien custodie el bien, es  
decir, ejerza sobre él la vigilancia y el cuidado  
necesarios para prevenir toda amenaza de deterioro , en  
razón de que a éste , como dice Karl Larenz, se le ha  
"confiado el señorío inmediato sobre la cosa" y con ello se  
le ha constituido en la persona capacitada para cuidar de  
la misma. En segundo lugar, imponen la ejecución de  
medidas encaminadas a restablecer la situación que se ha  
desmejorado o a contrarrestar los ataques de los terceros  
perturbadores., es decir, a la conservación física y  
jurídica del bien. Dichas medidas, especialmente  
reparaciones, en cuanto le competan según el régimen del  
contrato, integran el contenido del deber de conservación  
que tiene el arrendatario.

La obligación de custodia y conservación que tiene el  
arrendatario se cumple, nosolamente efectuando las  
reparaciones a su cargo, y dando aviso oportuno, al  
arrendador , sobre la necesidad de las mejoras y  
reparaciones que éste deba realizar y sobre las

perturbaciones de terceros cuya defensa le corresponde, sino, en general, observando una conducta, que, apreciada de acuerdo con el principio de la buena fé contractual y con el grado de responsabilidad que se le impone, pueda considerarse diligente según las circunstancias y según la naturaleza de la cosa arrendada.

Así, según el código colombiano, el arrendatario de una casa debe cuidar delaseo de sus diversas partes y dependencias. Y según Karl Larenz, puede también exigirsele "que en caso de una súbita rotura de la cañería de agua cierre la llave de entrada y retire pronto el agua que en ella haya penetrado o que trate de sofocar un fuego asus comienzos o solicite auxilio". Que cierre las ventanas cuando ocurran fuertes lluvias o heladas y que, en fin, si sale de viaje, adopte las medidas necesarias oara dejar cerrados todos los accesos a la vivienda.

Nuestro código que consagra el sistema de graduación de culpas, dispone , en el párrafo primerodel artículo 1997, que "el arrendatario empleará en la conservación de la cosa el cuidado de un buen padre de familia". En otras palabras, lo hace responsable hasta de la culpa leve, pues, de conformidad con el artículo 63, el buen padre de familia es el modelo de persona que administra con la diligencia y el cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus

negocios propios y cuya falta configura la llamada culpa leve.

Este grado de responsabilidad está de acuerdo con los principios establecidos en el artículo 164, pues, según éstos, el deudor responde hasta de la culpa leve en los contratos que, como el de arriendo, se celebran para beneficio recíproco de las dos partes.

Por otra parte, es el mismo grado de responsabilidad que imponen al arrendatario otros códigos que, lo mismo que el colombiano, insisten en la graduación de la culpa contractual".

El incumplimiento de la obligación de conservación y custodia hace al arrendatario responsable de los perjuicios consiguientes y, cuando es grave, constituye una infracción del contrato suficiente para que el arrendador pueda ejercer el derecho de desvinculación. Con la advertencia de que el arrendatario responde, "no solo de su propia culpa, sino de las de su familia, huéspedes y dependientes", los cuales, en términos del derecho alemán, se consideran como sus "auxiliares en el cumplimiento" de la obligación que se estudia.

#### 1.16. OBLIGACION DE ABSTENERSE DE CEDER A TERCEROS EL USO

## LA COSA.

En virtud de esta obligación, el arrendatario no puede, a menos que cuente con autorización legal o contractual para el efecto, conferir o desplazar a terceros el derecho que tiene a la utilización de la cosa arrendada. Pero es entendido que, en este caso, el concepto de terceros no comprende a los "auxiliares en el cumplimiento", de que se hizo mención anteriormente y de cuya culpa responde el arrendatario como de la suya propia. De manera que la obligación se estudia no se viola por el hecho de que, por ejemplo, el inquilino de una vivienda conviva en la misma con quienes constituyen su familia, reciba en ella a sus huéspedes o visitantes o la destine para habitación de personas que de él dependen económicamente.

El subarriendo que implica para el arrendatario la obligación que se comenta se oponen dos operaciones jurídicas: el subarriendo y la cesión del contrato.

El subarriendo y la cesión son fenómenos sustancialmente distintos. El primero tiene lugar cuando, en virtud de un nuevo contrato entre el primer arrendatario (quien toma el nombre de subarrendador) y un tercero (llamado subarrendatario), aquél concede a éste el uso de la cosa que él disfruta en arriendo.

Karl Larenz explica así esta situación:" en el supuesto subarriendo no tiene lugar... una transmisión ni total ni parcial de la posición jurídica...del arrendatario al subsarrendatario; más bien se origina solamente una relación arrendataria de segundo grado, precisamente la relación subarrendaticia entre el arrendatario principal (subarrendador) y el subarrendatario, a base de la cual el primero se obliga a conceder el uso de la cosa al segundo. Entre el arrendador se obliga a conceder el uso de la cosa al segundo. Entre el arrendador principal y el subarrendatario... no se originan relaciones jurídicas".

## CAPITULO 2

### COMODATO

#### 2.1. NOCION Y CLASIFICACION

Según el artículo 2200 del Código Civil Colombiano, "el comodato o préstamo de uso es un contrato en que la una de las partes entrega a la otra gratuitamente una especie mueble o raíz, para que haga uso de ella, y con cargo de restituir la misma especie después de terminar el uso. Este contrato no se perfecciona sino por la tradición de la cosa".

Con este concepto coinciden, en su esencia, las demás definiciones conocidas. Pero los códigos modernos tienden a eliminar por fortuna, el carácter de contrato real que nuestra ley atribuye al comodato y que resulta con claridad del texto que se transcribió más atrás, para configurarlo como un negocio jurídico consensual, que genera obligaciones para las partes, con prescindencia de formalidades distintas de la expresión de su consentimiento.

Así por ejemplo, el artículo 2497 del código mexicano, "el comodato es un contrato por el cual uno de los contratantes se obliga a conceder gratuitamente el uso de una cosa no fungible y el otro contrae la obligación de restituirla individualmente".

El comodato es un contrato esencialmente gratuito . Tiene como finalidad exclusiva el beneficio del contratante a quien se permite el uso (comodatario)O, sin contraprestación ninguna a cargo de éste y a favor de la otra parte (comodante). Esta función de beneficencia distingue el comodato del arrendamiento, como diferencia también la donación de la compraventa, al excluir de la relación jurídica el elemento retribución o precio.

El comodato además, como se insinuó al estudiar su definición, es, en sistemas jurídicos, como el colombiano, que persisten en mantener construcciones anticuadas, un contrato real, porque sólo se considera perfeccionado por la entrega, al comodatario, de la cosa que se le presta. Se da, pues, el absurdo de que un acto que debiera producirse como consecuencia y en ejecución del contrato está constituido en elemento de formación del mismo.

En las legislaciones que lo contemplan como contrato real, el comodato es, por otra parte, un convenio unilateral en el sentido de que, como su perfeccionamiento ocurre

precisamente cuando se cumple la prestación del comodante, sólo produce obligaciones para el comodatario, a cuyo cargo queda, principalmente, el deber de efectuar la restitución cuando llegue el momento.

También suele decirse, insistiendo en una antigua terminología, que el comodato, concebido como un negocio real, es un contrato bilateral imperfecto o sinalagmático imperfecto, porque, si bien el comodante no asume obligaciones al momento de la celebración, puede llegar a soportarlas con posterioridad, por ejemplo en los casos previstos en los artículos 2216 y 2217 de nuestro código, que se refieren a ciertas expensas y perjuicios que deben ser reconocidas al comodatario.

En los sistemas jurídicos, que como el mexicano, lo configuran como contrato simplemente consensual, el comodato tiene el carácter de bilateral, porque ambas partes se obligan. Aunque desde luego, sus respectivos deberes son sucesivos o dependientes el uno del otro, porque primero es la obligación del comodante de entregar

## 2.2. ELEMENTOS

El comodato exige para su formación los elementos necesarios a todo acto jurídico, a los cuales se agrega, en las legislaciones que los tipifican como contrato real, la

entrega de la cosa.

Como el consentimiento sigue las reglas generales que enseña el tratado de las obligaciones, se excusa su estudio particular en relación con el contrato que se analiza. Lo mismo puede decirse del elemento capacidad, acerca del cual sólo es preciso anotar que, para el comodato, rige el impedimento contemplado en el artículo para celebrar aquellos actos o contratos del pupilo en que, directa o indirectamente, tengan interés ellos mismos o ciertas personas allegadas suyas, mientras no estén facultados por los otros guardadores generales que no estén igualmente implicados, o por el juez en subsidio.

La entrega del bien no exige formas particulares y debe entenderse cumplida, cuando, de una manera suficiente según las circunstancias, la cosa se pone a disposición del comodatario para su utilización.

### 2.3. EL OBJETO PRESTADO

El comodato es un préstamo de uso que se caracteriza porque la cosa debe restituirse, al término de su utilización, "en especie", es decir, en su misma individualidad. La posibilidad de devolver un objeto equivalente, así se exactamente a aquél que se presta, configura el mutuo ó

préstamo de consumo y marca, por consiguiente, la diferencia entre este contrato y el que se está considerando en el presente capítulo.

#### 2.4. COMODATO DE COSA AJENA

El comodato de un bien ajeno es válido, pero inoponible al dueño de la cosa, quien por lo tanto puede, en cualquier momento, exigir la restitución al comodatario, el cual, por su parte, tiene acción de perjuicios contra el comodante cuando éste, conociendo que el objeto no le pertenecía, no le haya advertido esta circunstancia (artículo 213 del código colombiano).

#### 2.5. OBLIGACIONES DEL COMODATARIO

De acuerdo con nuestro código, el comodatario está obligado a utilizar debidamente el bien, a custodiarlo y conservarlo y a restituirlo al término del contrato, como se estudiará en los números que siguen.

#### 2.6. OBLIGACION DE UTILIZAR EL BIEN DEBIDAMENTE

La obligación de utilizar debidamente el bien constituye una aplicación del principio, de la buena fe contractual, particularmente imperativo para quien, como el

comodatario es parte en un contrato que se celebra para exclusivo beneficio. De otro lado, el uso denido es elemento que debe tenerse en cuenta para concretar la responsabilidad del prestatario por la desmejora de la cosa, pues, como lo señala el párrafo segundo del arfriculo 202 del lcódigo colombiano, con el cual coincide el artículo 2507 del código mexicano, dicha responsabilidad comprende "todo deterioro que no provenga de la naturaleza o del uso legítimo de la cosa".

El uso es legítimo en cuanto se acomode a la destinación prevista en el contrato o, en su defecto, a la destinación ordinaria de bienes como el que se presta, como lo expresa el artículo 202 del código colombiano.

La violación de esta obligación otorga al comodante el derecho de poner término al contrato y exigir la restitución inmediata, aún estando pendiente elplazo del préstamo. Además , lo faculta para pedir la reparación de todo perjuicio. Así los dispone el mismo textroque se acaba de citar.

## 2.7. OBLIGACION DE CONSERVACION Y CUSTODIA

El comodatario debe custodiara yconservar la cosa prestada,m solo porque está en la obligación de restituirla

en especie a la expiración del contrato, sino también porque, como la tenencia del bien se le confiere únicamente para su provecho, es justo que, correlativamente, se le imponga un cuidado minucioso del objeto de perjuicio para éste. Por eso las legislaciones que mantienen la graduación de culpas le asignan, en este caso particular, una responsabilidad que se extiende hasta la culpa levísima (código colombiano, artículos 11604, párrafo primero, y 2203 párrafo primero). Y los códigos que han prescindido de aquella graduación le exigen, no obstante, que ponga "toda diligencia" en la conservación de la cosa (artículo 2502 del código mexicano).

Como es natural según principios conocidos de derecho, la responsabilidad del comodatario no comprende normalmente los daños ocurridos por fuerza mayor o caso fortuito. Pero la ley prevé determinadas eventualidades en las cuales, aunque la pérdida o el deterioro con ellas una causa atribuible a un error de conducta del prestatario, quien por este motivo, viene a ser responsable. Para nuestro Código Civil (art. 22003) esas eventualidades:

a) Cuando se ha hecho de la cosa un uso indebido. Sirve de ejemplo el de un caballo que, debilitado por su utilización excesiva por parte del comodatario, parece en una inundación por falta de fuerzas para escapar. Se exceptúa el caso en que la pérdida o el deterioro hubieran

ocurrido también si el uso ilegítimo.

b) Cuando la pérdida o el deterioro sobrevienen estando el comodatario en mora de restituir, a menos que resulte que, sin esa mora, también se hubiera producido el daño.

c) Cuando el hecho que ocasiona la pérdida o el deterioro del bien tiene lugar por culpa, aunque levísima, del comodatario, como si el aballo perece en un incendio provocado por un fósforo que aquél arroja, descuidadamente, en la pesebrera.

d) Cuando, estando en la alternativa de salvar de un accidente la cosa prestada o una cosa propia, el comodatario prefiere deliberadamente la propia.

## 2.8. OBLIGACION DE RESTITUIR AL TERMINO DEL CONTRATO

La restitución del bien debe hacerse al término del contrato, o sea, de acuerdo con nuestro código, cuando ocurre uno de los siguientes hechos:

a) El vencimiento del plazo convenido (artículo 2205

b) la realización del uso especial para el cual se presta la cosa, como si termina el viaje para el cual se ha

entregado un vehículo en comodato (artículo 2205).

c) La solicitud de restitución que hace el comodante, en el caso del llamado comodato precario, cuyo concepto se expondrá más adelante (artículo 2219).

d) La muerte del comodatario, en virtud de la calidad de "intuitu personae" que ostenta el contrato y que se examinó más atrás. El fallecimiento pone término al préstamo, produciendo la caducidad del plazo estipulado, y obliga a los herederos a la restitución del objeto, a no ser que éste se haya prestado para un servicio especial que no puede suspenderse o diferirse, evento en el cual los herederos suceden al comodatario en el contrario, mientras estén vigentes las razones que imponen su subsistencia (artículo 2205).

e) La necesidad imprevista y urgente que sobrevenga al comodante de utilizar la cosa, como si es desalojado de la vivienda que ocupa en arriendo y, por este motivo, requiere la que, a su vez, tiene prestada a otra persona. Cuando esta circunstancia se presenta, también caduca el plazo que hayan convenido los contratantes al celebrar el préstamo (artículo 2205).

f) La cesación de la necesidad que dió lugar al comodato por haber terminado o por no tener lugar el servicio

especial para el cual se presta la cosa. Un individuo, por ejemplo, da en préstamo a otro, por tres días, su vehículo de carga, para que traslade su almacén de un local a otro, pero el traslado se cumple en un día o se resuelve no llevarlo a cabo.

Las circunstancias de la restitución, tales como el lugar, el tiempo y el modo de efectuarse y la persona a quien puede hacerse válidamente se determinan en cada caso concreto por lo previsto en el contrato y en las normas legales sobre las obligaciones y su cumplimiento. Nuestra ley, en el tratado del comodato, apenas trae una norma de acuerdo con la cual "la restitución deberá hacerse al comodante o la persona que tenga derecho para recibirla a su nombre, según las reglas generales.

En principio, el comodatario no puede negar la restitución una vez llegado el momento de efectuarla. Pero la ley previene los siguientes eventos en que se exceptúa esta regla general:

a) Cuando la cosa prestada ha sido perdida, hurtada o robada a su propietario, hipótesis en la cual "el comodatario que lo sabe y no lo denuncia al dueño, dándole un plazo razonable para reclamarla, se hará responsable de los perjuicios que de la restitución se sigan al dueño. no

la reclamare oportunamente podrá hacerse la restitución al comodante". Este es el único caso en que la restitución puede suspenderse alquando que el bien no pertenece al comodante , sino a un tercero.

b) Cuando el bien se embarga judicialmente en manos del comodatario. En esta hipótesis, el objeto prestado debe ser puesto a dispsoción de quien deigne el funcionario que conoce de las diligencias en que se produce el embargo.

c) Cuando lo prestado son armas ofensivas o cualquiera otra cosa " de que sepa se trata de hacer un uso criminal". En este caso, el comodatario, es obligado a suspender la restitución y a poner los efectos a disposición del funcionario competente pra la investigación.

d) Cuando el comodante ha perdido el juicio y carece de curador. En esta situación y como media de protección al demente que no está en condiciones de administrar debidamente sus bienes, el comodatario debe poner la cosa prestada a órdenes del funcionario judicial.

e) Cuando el comodatario descubre que él es el verdadero dueño de la cosa prestada. Esta hipótesis, no se extraña en relación con cietos tipos de bienes, como los libros prestados, que por costumbre no se restituyen , permanecen en poder del comodatario y, eventualmente, vuelven en

préstamo al titular del dominio.

f) cuándo el comodatario puede retener la cosa prestada, conforme a los principios que se analizan más adelante.

## 2.9. OTRAS OBLIGACIONES DEL COMODATARIO

Además de las obligaciones que se acaban de estudiar, algunos códigos, como el mexicano (artículo 2500), asignan al comodatario la de abstenerse de conceder a un tercero el uso de la cosa entregada en comodato, si no cuenta para ello con el permiso del comodante. En otras palanras, prohíben el subpréstamo o préstamo de segundo grado y la cesión de la calidad de comodatario, en tanto estas operaciones no estén respaldadas por una autorización expresa, en forma semejante a lo que ocurre con el subarriendo y la cesión del contrato de arrendamiento.

Por otra parte, para el comodante no puede indiferente la persona bajo cuyo cuidado y custodia está la cosa. Y, finalmente, si la prohibición de transmitir el uso a terceros se explica en un contrato como el arrendamiento, que por ser oneroso rinde provechos al arrendador, con mayor razón se justifica en el préstamo de uso, que únicamente tiene el sentido de un acto de beneficencia.

## 2.10. RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DE LOS COMODATARIOS

Cuando hay dos o más comodatarios, la ley, con el propósito de asegurar mejor los intereses del comodante, los hace solidariamente responsables de las obligaciones que contraen.

## 2.11. OBLIGACIONES DEL COMODANTE

Cuando el comodato se concibe como contrato consensual, el comodante se obliga, al celebrarlo, a conceder gratuitamente, al comodatario, el uso de la cosa. Cuando el préstamo se reglamenta como un negocio real (como en nuestro derecho), el comodante no asume inicialmente ningún deber de prestación.

En ambos casos queda pendiente la eventualidad de que el comodante, leque a tener obligaciones diferentes de la de conceder el uso, segun se estudiará inmediatamente.

## 2.12. OBLIGACIONES DE REEMBOLSAR CIERTAS EXPENSAS

Ante todo, debe dejarse establecido que las expensas ordinarias , o sea aquellas que se requieren, en circunstancias normales, para el mantenimiento del bien (como las de alimentar al caballo), corren por cuenta del comodatario, en razón de que es éste quien se beneficia

· coin el uso y como parte o manifestación de su deber de custodia y conservación de la cosa prestada.

### 2.1.3. OBLIGACION DE INDEMNIZAR CIERTOS PERJUICIOS

El comodante responde por los defectos de la cosa prestada que ocasionen perjuicios al comodatario, siempre que se reúnan estas circunstancias.

a) Que los vicios hayan sido conocidos por el comodante.

b) Que hayan sido ocultos para el comodatario, porque el comodante no se los declaró y porque no pudo, con mediano cuidado, conocerlos.

c) Que los efectos sean tales que hayan dado lugar a los perjuicios.

d) Que el comodatario no haya podido precaver, con mediano cuidado, los perjuicios.

### 2.1.4. RESPONSABILIDAD DE LOS HEREDEROS DE LAS PARTES

La vida del comodante no es factor determinante de la subsistencia del préstamo y, por tal razón, si él muere, sus obligaciones se transmiten a los herederos, incluyendo

la de permitir al comodatario el uso del bien hasta su terminación natural.

Por el contrario, la existencia del comodatario es, como ya se ha dicho, condición necesaria (por lo general) para que se mantenga el comodato.

#### 2.15. EL DERECHO DE RETENCIÓN EN EL COMODATO

Referente al contrato de arriendo, se anticipó un breve concepto sobre el derecho de retención y se explicó su aplicación en las relaciones propias del arrendamiento.

Como se observa es más razonable, la posición de nuestro código, pues no hay suficiente para rechazar a priori, sin distinción de ninguna especie, una retención cuya justicia es patente en casos como aquellos en que la admite la ley colombiana.

#### 2.16. COMODATO PRECARIO

Se llama comodato precario a aquél en el cual el comodante tiene la facultad de reclamar la cosa prestada en cualquier momento. tiene lugar cuando el comodante se reserva expresamente este derecho y cuando no se fija tiempo para la restitución ni la cosa se presta para un servicio particular que marque la duración del contrato.

## CAPITULO 3

### MUTUO

#### 3.1. IDEA GENERAL Y DEFINICION

El mutuo constituye un importantísimo instrumento de financiación, que cumple, particularmente en su modalidad de préstamo mercantil, una función de suma trascendencia en la vida económica. Como se trata de un contrato que permite el uso temporal de recursos ajenos, quedando a salvo la posibilidad jurídica de su recuperación por el prestamista, ha llegado a ser el medio básico de operación de los bancos, corporaciones financieras y demás instituciones de crédito en el ámbito nacional e internacional, con sus consiguientes implicaciones en el desarrollo de los pueblos.

El más importante y frecuente es el mutuo de dinero, pero también es posible que el objeto del contrato sean bienes de naturaleza no pecuniaria, siempre que tengan la calidad de cosas fungibles. Porque el mutuo es la manera de facilitar la utilización de bienes ajenos que no pueden usarse sin consumirse y cuya restitución sólo es posible

por equivalencia, es decir, con otras cosas del mismo género y calidad, dotadas de poder liberatorio de la obligación. Por eso el mutuo se conoce como "préstamo de consumo", por oposición al préstamo de uso o comodato, ya examinado en el capítulo anterior.

Ahora bien: como el mutuo es un préstamo de consumo y el consumo no puede llevarse a efecto sino disponiendo de los bienes, es preciso, que el mutuario, para quedar en condiciones de satisfacer su interés, reciba la facultad de disposición mediante la transmisión de la propiedad de las cosas materia del contrato. En otras palabras, el mutuo conlleva la enajenación de los bienes prestados.

Pero dentro de una agrupación realizada con base en el criterio de la función y la finalidad de los contratos, como es la que se sigue en los presentes apuntes, resulta más acertada la inclusión del préstamo en estudio dentro de los "contratos en estudio dentro de los "contratos de concesión del uso de los bienes", por las siguientes razones:

a) Porque la enajenación de las cosas prestadas no es el fin del contrato, sino un medio indispensable para poner al mutuario en condiciones de hacer el uso que se le otorga y que sufren la disposición de los bienes.

b) Porque la misma calificación de "préstamo" de consumo

que a este contrato se le da por que a este contrato se le da por la ley y por el público, indica claramente que su función no es originar una transmisión definitiva de derechos entre patrimonios, sino crear una relación eminentemente temporal para un uso acomodado a la naturaleza fungible de los bienes.

Acorde con estas apreciaciones, Karl Larenz expresa lo que sigue:

"Como caso más general partimos del préstamo de dinero. Quien, como se dice en el lenguaje corriente, "presta" a otro una suma de dinero, se propone entregarle esa suma temporalmente, con lo cual el que la recibe se puede servir de ella; pero de la misma forma que el que entrega una cosa en comodato o la arrienda para su uso; no quiere desprenderse definitivamente del objeto del préstamo, es decir, del valor pecuniario que lo integra. ...Del dinero sólo puede hacerse uso en cuanto se pueda disponer de él; por ello, la finalidad del préstamo de consumo exige que el prestatario reciba la facultad de disposición sobre la cantidad de dinero recibida, y a este efecto la propiedad de los signos monetarios que en concepto de préstamo de consumo se le han entregado....Se trata de una cesión temporal de un valor patrimonial para un uso correspondiente a su naturaleza".

### 3.2. CLASIFICACION

Cuando recibe tratamiento de contrato real, el mutuo se configura, a la vez, como contrato unilateral, pues, como sólo se forma cuando se cumple la prestación que corresponde al prestamista o mutuante, genera únicamente obligaciones a cargo del mutuario. Sin embargo, como el mutuante puede llegar a ser responsable de ciertas prestaciones por concepto de eperjuicios, el préstamo de consumo encaja, como el comodato, en la categoría de los contratos sinalagmáticos imperfectos o bilaterales imperfectos.

Cuando se le regula como contrato consensual, el mutuo es bilateral, porque da lugar a obligaciones para ambos contratantes, aunque con la advertencia de que las que asume el mutuario están lógicamente y cronológicamente, subordinadas al cumplimiento de las que corresponde al mutuante, ya que, si nada se ha recibido en préstamo nada se está en deber de restituir.

El mutuo puede ser oneroso o gratuito, según haya o no lugar al pago de intereses o rendimientos. Muchas legislaciones, entre ellas la colombiana, consideran la gratuidad como elemento de la naturaleza del contrato, y por ende, ella existe en tanto no se excluya mediante un

pacto que convierta el contrato en oneroso.

Otros sistemas legales, consagran, precisamente, el punto de vista contrario, es decir, en ellos el mutuo es oneroso por naturaleza y, en caso de silencio de las partes en relación con el interés, se entiende que se causa el legal.

Cuando es oneroso, el mutuo es conmutativo, porque ninguna de las partes corre una contingencia incierta de ganar o perder, aunque debe tenerse en cuenta que, en cierto préstamos que recaen sobre géneros de valor fluctuante, juega un elemento laeatorio, pues uno de los contratantes puede resultar, a la postre, afectado, en sus intereses. Es muy notable, entre nosotros, el caso del préstamo de monedas extranjeras cuando el mutuario asume los llamados riesgos del cambio.

### 3.3. ELEMENTOS

En sistemas legales como el nuestro, el mutuo requiere para su formación, además de los elementos generales del acto jurídico, la entrega de los bienes que se prestan, entrega que, en este caso, constituye una verdadera tradición, pues, como ya se comentó, se trata de transferir la propiedad al mutuario, para que pueda quedar en condiciones de disponer del objeto del contrato.

Es esta la razón por la cual el mutuante necesita, además de su capacidad general para obligarse, el poder de enajenar la cosa, o lo que es lo mismo, la titularidad del dominio de los géneros que presta. Lo anterior significa que el contrato de mutuo de cosa ajena no puede tener valor alguno, en legislaciones como la nuestra. No ocurre lo mismo en las que estructuran el préstamo de consumo como contrato consensual, pues en ellas subsiste la posibilidad de que el prestamista adquiera la propiedad de los bienes en el tiempo que media entre el nacimiento y el cumplimiento de su obligación.

Sobre la capacidad general de las partes para obligarse, es de anotar que ciertos códigos, como el mexicano (artículo 2392), admiten los préstamos contraídos por el menor para proporcionar alimentos, "cuando su representante legítimo se encuentre ausente".

En cuanto al objeto material del contrato, cabe repetir que puede ser cualquier cantidad de dinero o de otras cosas fungibles.

#### 3.4. OBLIGACIONES DEL MUTUARIO

Las obligaciones fundamentales del mutuario son las de restituir los géneros prestados, y en su caso, la de

entregar intereses o rendimientos . Se estudiarán, en su orden, a continuación.

### 3.5. OBLIGACIONES DE RESTITUIR LOS GENEROS PRESTADOS

Si las cosas prestadas no son dinero, el mutuario, en principio y si perjuicio de cláusula en contrario, debe restituir otras tantas del mismo género y calidad que se le entregó, sin atención al mayor o menor valor que hayan llegado a tener durante el plazo del mutuo.

Pero los códigos contemplan excepciones y así, para el nuestro, si lo anterior no le fuere posible o no lo exigiere el acreedor, podrá pagar lo que valgan los bienes en el tiempo y lugar en que ha debido hacerse el pago (artículo 2223). Y para el mexicano, "si no fuere posible al mutuuario restituir el género, satisfará pagando el valor que la cosa prestada tenía en el tiempo y lugar en que se hizo el préstamo, a juicio de peritos, si no hubiere estipulación en contrario".(artículo 2388).

Si lo prestado es dinero, para el derecho colombiano la restitución debe hacerse , a menos que las partes acuerden otra cosa, con la suma numérica expresada en el contrato, de modo que el mutuante corre con los riesgos de desvalorización de la moneda (Código Civil, artículo 2224).

### 3.6. OBLIGACION DE PAGAR INTERESES O RENDIMIENTOS

Técnicamente la doctrina distingue entre intereses y rendimientos, y reserva el primer concepto "para los frutos civiles de un capital, es decir, para los rendimientos de una deuda pecuniaria calculados también en dinero". Y el segundo para la retribución que se causa sobre obligaciones de bienes fungibles de naturaleza no dineraria.

### 3.6. OBLIGACIONES DEL MUTUANTE

En los derechos del tipo del mexicano, para los cuales el mutuo es un contrato consensual, el mutuante se obliga, desde un principio, a entregar o traditar el objeto del préstamo.

En las legislaciones como la nuestra, que conciden el contrato en referencia como real, y por ende, como unilateral (o como sinalagmático imperfecto), el mutuante, inicialmente, no contrae obligaciones, pero con la eventualidad de llegara a tenerlas posteriormente.

Es la situación contemplada en el artículo 2228 del Código Civil Colombiano, el cual determina que el mutuante responde a los perjuicios que experimenta el mutuario por la mala calidad o los vicios ocultos de la cosa prestada,

siempre que se reúnan las siguientes condiciones:

a) Que los vicios sean tales que a ellos puedan atribuirse los perjuicios.

b) Que el mutuante los haya conocido y no los haya declarado.

3) Que el mutuario no haya podido, con mediano cuidado, conocer los defectos o precaver los perjuicios.

Además de la acción indemnizatoria, el mutuario goza de la acción redhibitoria o resolutoria cuando "los vicios ocultos eran tales que, conocidos, no se hubiera probablemente celebrado el contrato".

## CAPITULO 4

### ANTICRESIS

#### 4.1 . NOCION

La anticresis, intuición tradicionalmente exclusiva de la riqueza inmobiliaria y que, por tanto, ha tenido un carácter puramente civil, es un contrato que da lugar a una forma especialísima de pago de una deuda, ya que, mediante ella, en palabras del artículo 2458 del Código Civil colombiano, "se entrega al acreedor una finca raíz para que se pague con sus frutos".

Por el contrario de anticresis, pues, se permite, el goce de un bien a persona distinta de su dueño, con una finalidad muy específica: aplicar el importe de los frutos que produzca la cosa al pago de los intereses, o del capital, o de unos y otros, de una obligación que previamente existe o que se crea entre quien recibe la finca para explotarla, como acreedor, y quien la entrega u otra persona distinta, como deudor.

#### 4.2. CLASIFICACION

En el derecho colombiano, la anticresis es contrato real: se perfecciona por la entrega del predio, entre que no es tradición como la llama el artículo 1460 del código civil, porque el acreedor anticrético no se hace titular de ningún derecho real sobre la cosa.

La característica anterior hace que el contrato ostente, a la vez, la calidad de unilateral. La razón es análoga a la que se expuso cuando se predicó este mismo atributo respecto del comodato y el mutuo. Pero, como el constituyente de la anticresis puede verse posteriormente obligado al pago de ciertas prestaciones, según se estudiará más adelante, el contrato puede también calificarse como sinalagmático imperfecto.

La anticresis es, además un contrato de ejecución sucesiva. La relación que genera perdura en el tiempo, cumpliéndose a medida que éste transcurre, hasta que se extinga la obligación que se trata de pagar o se produzca su expiración de otra manera.

Finalmente, la anticresis, si es constituída por el propio deudor de la obligación que se paga, es contrato oneroso, porque se celebra en beneficio de ambas partes, quienes se recíprocamente: el deudor con el sacrificio de los frutos

del bien y el acreedor con la extinción paulatina de su crédito. Cuando es constituida por una persona distinta del deudor de la obligación, la anticresis es gratuita, porque sólo reporta utilidad para el acreedor anticrético, mientras el constituyente padece todo el gravámen.

La anticresis onerosa es también conmutativa, dada la equivalencia entre el valor de los frutos y la deuda que con él se extingue.

#### 4.3. MANDATO

##### 4.3.1. Definición.

Lo define el artículo 2.142 del Código Civil como aquel contrato en que una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra, la cual se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera. Coincidiendo con la definición anterior, pero en una fórmula más sencilla, el código italiano dice que el mandato es un contrato por el cual una parte se obliga a realizar uno o varios actos jurídicos por cuenta de otra.

##### 4.3.2. Clasificación.

El mandato es un contrato consensual, quizás en el que más se manifiesta la consensualidad, ya que no sólo se perfecciona por escritura pública o privada, por una simple carta o verbalmente, sino inclusive por el mero silencio de

las partes, puesto que el contrato surge por la simple aquiescencia de una persona a la gestión de sus negocios por otra; del mismo modo, la aceptación del mandatario puede ser, no sólo expresa, sino también tácita y es aceptación tácita todo hecho encaminado a la realización del encargo que se confía. También nace el mandato por el silencio de personas que profesionalmente se dedican a administrar negocios ajenos, cuando transcurrido un plazo razonable no han manifestado si aceptan o no, el encargo que una persona ausente le confía. Desde luego, la consensualidad del mandato tiene unas pocas excepciones, así, en nuestro derecho deben otorgarse por escritura pública el mandato general para pelitos, el mandato especial para varios pelitos y el poder para contraer matrimonio; así se establece en el artículo 6 del C.P.C y la L. 571187.

#### 4.4. CLASES DE MANDATO

Se distingue el mandato general del mandato especial, y el mandato representativo del mandato no representativo.

El mandato general es aquel que se confiere para todos los negocios del mandante, sin que pierda su carácter por el hecho de que se expresen excepciones, es decir, que al conferirlo se excluyan actos que no pueden ser ejecutados por el mandatario general. El mandatario general no confiere al mandatario más que el poder de ejecutar actos

administrativos, pues los actos de disposición deben ser materia de un mandato especial. no podrá pues, el mandatario general sin poder especial para ello, vender, hipotecar, transigir, ni celebrar los actos dispositivos.

El mandato especial es aquel que se otorga para uno o más negocios determinados, y como acabamos de verlo, es siempre necesario para los actos de disposición.

El mandatario pues, es en relación con la representación, una de sus fuentes. El da lugar a la llamada representación convencional./ La otra fuente es la ley, que origina la representación legal.

La división del mandato en representativo y no representativo, está consagrada en el artículo 177 del Código Civil, según el cual, el mandatario puede, en el ejercicio de su cargo, contratar en su propio nombre o en nombre del mandante, obligándose él en el primer caso y obligando directamente al mandante en el segundo.

La diferencia entre mandato y representación explica también la aparente contradicción en que parece incurrir nuestro código civil, cuando dice en el artículo 2.º150, que una vez aceptado el mandato solo puede disolverse por mutua voluntad de las partes; para establecer después, en el artículo 2.º189, que el mandato termina, entre otros casos,

por la simple renuncia del mandatario. Se concluye entonces como explicación más lógica para esta contradicción, que lo que puede revocarse o renunciarse libremente es la representación, es decir, el poder del mandatario de representar al mandante, de obligarlo directamente en sus relaciones externas frente a terceros, pero que las mismas relaciones internas entre mandante y mandatario, es decir, el contrato de mandato propiamente dicho, permanece vigente, a pesar de la renuncia o de la revocación, para los efectos a que haya lugar, tales como el poder exigirse recíprocamente las respectivas prestaciones, ejercitar las acciones judiciales derivadas del mandato, etc.

#### 4.5. AUTOCONTRATACION

Decir autocontrato equivale a decir contrato con uno mismo. Por ende, la expresión despierta la idea de una persona que se obliga frente a ella misma, que emite las dos declaraciones, distintas y generalmente opuestas, que supone el acuerdo de voluntades en que, esencialmente, consiste el contrato.

Así concebida, la noción de autocontrato podría tomarse a broma, considerarse como un pecado elemental contra la lógica jurídica y contra la naturaleza misma de las cosas. Sin embargo, el problema de la autocontratación es real, tiene vida en la práctica diaria de las relaciones

convencionales y su tratamiento tiene puntos de contacto, no sólo con el derecho en su doble aspecto de ciencia teórica y de ley positiva, sino también con los principios de la mora. Su ámbito de operación, y por consiguiente, el campo en que merece un análisis serio, es el de los actos jurídicos, que se cumplen por conducto de representantes.

En efecto: el autocontrato celebrado por un representante, éste, solo emite como propia, una declaración de voluntad: aquella en cuya virtud él se obliga al cumplimiento de determinada prestación frente a su representado. La otra manifestación, aunque expresada por el mismo representante, corresponde a la voluntad del representado, en cuyo nombre aquél actúa y en quien, directamente, se radican los efectos del acto, obligándolo frente a la otra parte del convenio, siempre, desde luego, que, como aquí se supone, el representante obre dentro de los límites y con las condiciones que la ley o el contrato señalan a su actividad.