



Libertad y Orden
República de Colombia
Rama Judicial

JUZGADO SEGUNDO CIVIL MUNICIPAL DE ORALIDAD
BELLO- ANTIOQUIA

Bello, nueve (09) de marzo de dos mil veinte (2020)

Proceso	05-088-40-03-002-2019-00298-00 -		
Demandante	LUZ ELENA GONZALEZ MUÑOZ		
Demandado	AURA ROSA MUÑOZ		
Decisión	CONCEDER LA RESTITUCIÓN		
Temas	COMODATO PRECARIO		
Sentencia	: 97		

Procede el Juzgado a emitir sentencia de mérito dentro del presente proceso VERBAL-SUMARIO de restitución de tenencia-comodato, sobre el inmueble ubicado en la carrera 62A N° 61-02 apartamento 220 int- barrio Playa Rica en el Municipio De Bello, instaurado por **LUZ ELENA GONZALEZ MUÑOZ en contra de AURA ROSA MUÑOZ.**

I. ANTECEDENTES.

El catorce (14) de abril de 2014, la señora LUZ ELENA GONZALEZ, entrego parte del inmueble, ubicado en la Carrera 62ª N° 61-02 apto 220 (interior), del municipio de Bello, barrio Playa rica, a la señora AURA ROSA MUÑOZ, para que ocupara una habitación, sin que tuviera que pagar suma alguna de dinero, las dos habitaciones restantes serian para el uso y goce de su propietaria.

Qué para la restitución del inmueble no se pactó tiempo alguno, pues simplemente se manifestó que la demanda podría permanecer allí "el tiempo que desee", pero debido a sus comportamientos y malos tratos tanto para su comodante como para los vecinos, la señora LUZ ELENA GONZALEZ, se vio en la necesidad, de dar por terminado el comodato por contravención.

Refiere que la demanda maneja una alta peligrosidad a pesar de su avanzada edad y en diferentes oportunidades ha atacado con cuchillo a la demandante y su hijo.

Que, a pesar de haberse requerido en varias oportunidades, se niega a la entrega de inmueble así: El pasado 23 de octubre de 2017, se le envió carta requiriéndola para su entrega el 1º de diciembre de 2017, a la cual hizo caso omiso, posteriormente el día 12 del mes 12 de 2017 se le envió nuevamente el requerimiento para su entrega el 10 de enero del 2018, pero igualmente hizo caso omiso.

Que a pesar de habersele entregado en comodato solo una habitación, no permite que su propietaria entre su propia casa y en general por todas las razones esbozadas en las cartas donde se le requiere para la entrega

1.1.- Lo pretendido.

*"1-Declarese que por las constantes contravenciones de la señora Aura Rosa Muñoz en calidad de comandataria, ha terminado el contrato de comodato celebrado con la señora **AURA ROSA MUÑOZ**.*

*2-Como consecuencia de dicha declaración se decretará la **RESTITUCIÓN DEL INMUEBLE**, ubicado en la carrera 62A N° 61-02 apartamento 220 int Barrio Playa Rica del Municipio de Bello.*

3-Al pago de las costas y gastos del proceso".

2.- Lo actuado.

Mediante proveído del 08 de marzo de 2019, se admitió la demanda y se ordenó notificar a la demandada (ver folios 40). Posteriormente la señora **AURA ROSA MUÑOZ** se notificó por conducta concluyente el 05 de abril de 2019 (ver folios 41).

Que la aquí demanda por intermedio de apoderado judicial, procedió a contestar la demanda calificando los hechos de no ciertos y ciertos, esgrimiendo así mismo que no es posible pensar que existe un contrato de comodato precario, por lo que la

demandante tomo la extensión de la posesión del terreno con su esposo desde el 2001.

Razón por la que propuso, las siguientes excepciones:

-Falta de uno de los elementos esenciales para perfeccionar dicho contrato de comodato:

La mentada excepción, se sustenta en la existencia de la falta de este elemento de la capacidad, ya que, la señora Aura Rosa Muñoz al momento de la celebración del contrato tenía 80 años y contaba con problemas de escucha; así la señora Luz Elena González Muñoz haciendo caso omiso a esto, hizo que la señora Aura Rosa Muñoz firmara el contrato de comodato y sin contar que la señora Luz Elena no tiene derechos para actuar como señora y dueña y menos el derecho de dar en comodato.

-Buena Fe en la posesión:

La mencionada excepción la fundamenta, en que la accionante pretende le sea reconocido un derecho basando su tesis en lo que preceptúa el artículo 768 del código civil, como si fuera poseedor de buena fe, reconociendo que ella junto a su esposo fallecido hicieron la extensión del dominio del bien inmueble motivo de esta contestación, del cual actualmente se desprende el segundo piso en donde se encuentra el apartamento 220 ocupado por la señora Aura Rosa Muñoz.

Y por último propuso la excepción genérica.

Así mismo, afirma que la señora Aura Rosa Muñoz ha recibido malos tratos por parte de la señora Luz Elena González Muñoz, le ha cerrado el gas para que no cocine y muchas veces la ha dejado por fuera de la casa teniendo que quedarse en casa de vecinos, haciendo caso omiso que la señora Aura Rosa Muñoz es un adulto mayor de 85 años y no debe ser retirada de su casa para así salvaguardar su subsistencia.

4.- Alegaciones finales.

El actor solicitó que se siga adelante con las pretensiones presentadas por la misma, en este caso la restitución del inmueble objeto del contrato de comodato y terminación del mismo, ubicado en la carrera 62A N° 61-02 apartamento 220 int Barrio de Playa Rica en el Municipio De Bello.

Por otro lado, la parte demandada en sus alegatos de conclusión, manifiesta que a su poderdante le garanticen sus derechos fundamentales y mínimos vitales ya que la misma depende económicamente de la parte actora y en caso de ser desalojada no contaría con los recursos necesarios para su subsistencia.

III. CONSIDERACIONES.

NULIDADES. No se advirtieron irregularidades en el trámite que lo invaliden a causa de generar nulidad alguna.

PRESUPUESTOS PROCESALES. Están atendidos. El Despacho es competente para decidir el asunto, además por el domicilio de la parte demandada que se halla en esta ciudad. De otro lado, las partes tienen la capacidad legal de comparecer al proceso, y lo hicieron mediante abogado.

SOBRE EL CONTRATO DE COMODATO

Sobre el contrato de comodato, la corte constitucional ha indicado¹:

"El comodato o préstamo de uso, lo define el Código Civil en el artículo 2200 como aquél "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".

Características:

A) *El objeto es una cosa no consumible dada al comodatario para su uso*

¹ Sentencia T-021/14

B) *Es real: pues este contrato no se perfecciona sino por la tradición de la cosa, como lo señala el citado artículo 2200 del Código Civil.*

C) *Es a título gratuito pues en el momento en que el comodatario se vea obligado a pagar suma alguna por contraprestación el contrato deja de ser de comodato y se está en presencia de otro negocio jurídico. Por ello se clasifica dentro de los contratos sinalagmáticos imperfectos.*

D) *El comodatario asume tres obligaciones: (i) usar la cosa de acuerdo a los términos convenidos en el contrato, y en caso de no haberse pactado éste, a darle el uso ordinario que corresponda a esta clase de cosas; (ii) Conservar el bien dado en comodato; y (iii) restituir la cosa al comodante o a la persona que tenga derecho para recibirla a su nombre, según las reglas generales, al expirar el tiempo acordado, y si no se indicó plazo se entiende que debe hacerse una vez concluya el uso.*

E) *Es un contrato intuitu personae.*

F) *Es principal porque no necesita de otro acto jurídico para existir, y*

G) *Es nominado, en cuanto está plenamente definido y reglamentado en el régimen civil.*

Ante el incumplimiento de la obligación de restituir la cosa dada en comodato, el artículo 408, numeral 10, del Código de Procedimiento Civil estipulaba la posibilidad de adelantar un proceso abreviado para obtener la restitución de tenencia a cualquier título, disposición que estuvo vigente hasta el 1º de enero de 2011 en virtud del artículo 44 de la Ley 1395 de 2010, normativa que en el artículo 42 igualmente indicó que "las referencias al proceso ordinario y al proceso abreviado, contenidas en el Código de Procedimiento Civil, deberán entenderse hechas al proceso verbal", con lo cual la pretensión de restitución de cosa dada en comodato, es decir, a título precario, presentada antes del 1º de enero de 2014 - cuando comenzó a regir la Ley 1564 de 2012 o Código General del Proceso- está sometida a este procedimiento'.

A sí mismo la Corte Suprema De Justicia²:

² LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA
Magistrado ponente

Según la disposición 2200 del Código Civil, 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 terminado el uso". Agrega el precepto, "Este contrato no se perfecciona sino por la tradición de la cosa".

Entre las características esenciales (art. 1501 C.C.) que, según la norma pretranscrita, delimitan la institución, y la identifican como una relación jurídica de tenencia, se hallan las de corresponder a un negocio real, porque no se perfecciona sino por virtud de la entrega (no tanto la tradición, en sentido técnico)¹⁸ de la cosa sobre la cual versa (arts. 1500 y 2200 C.C), carácter que se explica por cuanto la obligación fundamental, consiste en la restitución de la cosa por parte del comodatario al comodante; es, asimismo, una convención sustancialmente gratuita o de beneficencia (arts. 1497 y 2200 C.C.), cuyo objeto es la utilidad de una de las partes, el prestatario o comodatario; se trata de un acto jurídico de naturaleza unilateral, en principio, porque sólo genera una obligación que grava a uno de los contratantes, esto es, la obligación de restituir la cosa, radicada en cabeza del comodatario; es un contrato principal, en la medida que "no requiere de algún otro para nacer a la vida jurídica"¹⁹; y, finalmente, es convenio nominado y típico, pues tiene enunciación y regulación legal²⁰.

Del mismo modo, la regla 2201 ejúsdem puntualiza la conservación del derecho de dominio en cabeza del commodator (prestante), puesto que únicamente se despoja de su ejercicio en lo relacionado con los fines del commodatum, cuando señala: "El comodante conserva sobre la cosa prestada todos los derechos que antes tenía, pero no su ejercicio, en cuanto fuere incompatible con el uso concedido al comodatario". Por esencia no transmite el derecho de dominio, por tal razón una de las obligaciones principales del comodatario es restituir la cosa a la expiración por causa legal, convencional o en caso de necesidad del comodante, sin soslayar, que la restitución, es una auténtica obligación de resultados. De tal manera que mientras persista esa relación de benevolencia, será siempre el comodatario un mero tenedor, obligado a restituir la cosa en las circunstancias anotadas. Si el contrato es gratuito en su esencialidad, no oneroso; no puede mutarse en el interregno de su existencia y vigencia, en perjuicio del comodante la relación de tenencia en posesión material a favor del comodatario, en contra del benovelente, desbordando el régimen propio del comodato y de la equidad.

Fluye de las disposiciones contenidas en la norma en cita, sustancialmente idénticas a las consignadas en los artículos 2176 del Código chileno y, con ligeras variaciones, en los cánones 1877 del Code francés y 1741 del Código Civil de España, que por la celebración del aludido negocio no hay ni puede existir, en línea de principio y salvo contadas excepciones, desplazamiento de la propiedad, ni de la posesión, en el sentido auténtico de la palabra, de tal manera, que el comodatario no deviene más que tenedor y, a su turno, es el comodante quien conserva la posesión, que ejercita por intermedio del comodatario (art. 786 C.C.).

La razón de ello es elemental: la calidad de comodatario, apareja un título –como enseña el genial Nicasio Anzola²¹– el reconocimiento del derecho de otro, quien posee, no sibi (para sí), sino allí (para otros o para aquél), en y para el comodante, mientras persista esa relación o no la interverse abierta y activamente, superando los actos de mera tolerancia. Por consiguiente, jamás podrá prescribir la cosa recibida en préstamo, porque no se cumple la premisa, animus rem sibi habendi.

Tal es la conclusión a la que han llegado, desde hace décadas, los comentaristas²² y, más recientemente aunque con alguna vaguedad, la jurisprudencia patria²³.

Igual tendencia se observa entre los más acreditados autores franceses, entre los que se cuentan: Frédéric Murlon, Ambroise Colin, Henri Capitant, Louis Josserand y León Julliot De La Morándiere²⁴, así como la propia Cour de Cassation²⁵; también en España²⁶ y Chile²⁷."

DE LA CARGA DE LA PRUEBA

Debe tenerse en cuenta que en el sistema procesal colombiano, la regla técnica de la carga de la prueba es de máxima importancia, pues el inciso primero del artículo 167 del Código General del Proceso la acoge al señalar: "*Carga de la prueba. Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen*". Por esta razón, se parte del supuesto de que son los sujetos de derecho que intervienen en el proceso sobre los que gravita fundamentalmente el deber de procurar que las pruebas se practiquen o aporten y

es por eso que a su iniciativa para solicitarlas e interés para llevarlas a efecto se atiende de manera primordial.

No obstante, según las particularidades del caso, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, distribuir, la carga al decretar las pruebas, durante su práctica o en cualquier momento del proceso antes de fallar, exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos. La parte se considerará en mejor posición para probar en virtud de su cercanía con el material probatorio, por tener en su poder el objeto de prueba, por circunstancias técnicas especiales, por haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio, o por estado de indefensión o de incapacidad en la cual se encuentre la contraparte, entre otras circunstancias similares.

En la **sentencia C-086 de febrero 24 de 2016 M.P. Jorge Iban Palacio Palacio**, se refiere a este tema: *"Es importante recordar que la intervención del juez en la distribución de las cargas probatorias no tiene cabida únicamente en el ejercicio de sus poderes oficiosos para decretar y practicar pruebas. En efecto la norma permite que sean las propias partes o el juez, ante la cual el funcionario judicial debe inexorablemente pronunciarse en forma expresa y debidamente motivada, bien para acoger la solicitud o para rechazarla".*

La autonomía de la voluntad en la formación de los actos jurídicos. Límites. La voluntad de los sujetos para auto determinarse y elegirse sus conductas, constituye uno de los principales paradigmas, que llevado al campo del derecho, se traduce en el principio de la autonomía de la voluntad, imperante en la formación de todos los contratos. En virtud de él, el derecho le otorga a los individuos la posibilidad de celebrar contratos en los que ellos mismos crean las reglas particulares de contenido y alcance que van a normarlo, y las cláusulas y condiciones a regirlo, tomándose tales estipulaciones en convenciones de carácter obligatorio para sus suscriptores, es decir, en ley para esas partes (Art. 1602 del C. Civil).

No obstante lo anterior, la autonomía de la voluntad contractual no es un principio absoluto, sino que encuentra límite en las normas que ha sido dotadas de carácter imperativo, a la que la autonomía contractual está subordinada, y que ni siquiera

el consenso de las partes puede abrogar (Art. 16 del C. Civil), sancionando con la ineficacia, toda acto contrario a dichas normas, que se destacan, bien porque el propio legislador les ha dado expresamente el carácter imperativo, ora porque su consagración propugna por el orden público o las buenas costumbres.

De la posesión:

Sobre la posesión, la corte suprema de justicia ha indicado:

SC12076-2014 Radicación nº 4100131030042009-00298-01:

"Entre los modos de adquirir el dominio de los bienes está la prescripción regalada entre los modos de adquirir el dominio de los bienes está la prescripción, reglada en el artículo 2518 del Código Civil, del que se infiere que procede por el cumplimiento de los siguientes requisitos: que el objeto sea prescriptible; que el usucapiente detente el señorío material del mismo; y que este se haya ejercido ininterrumpidamente por veinte años (artículo 2532 *ibídem*).

Al poseedor le basta un título cualquiera, documentado o no, con tal de que justifique un convenio, que dé testimonio de por qué está allí donde se encuentra.

La posesión, entendida en el artículo 762 del Código Civil como "*la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor y dueño, sea que el dueño o el que se da por tal, tenga la cosa por sí mismo, o por otra persona que la tenga en lugar y a nombre de él*", es un "*hecho con consecuencias jurídicas*", que tiene vida propia y, por lo mismo, puede aflorar con abstracción del derecho, hasta el punto que, transcurrido un año de ella, en defensa del poseedor desprovisto del dominio acuden los interdictos posesorios (art. 974 *ejúsdem*), y el paso del tiempo le es útil para estructurar la usucapición, y adquirir así la propiedad de la que carece (art. 2518 *ib*).

El que detenta un bien con ánimo de señor y dueño, **sea o no titular de dominio**, indudablemente que actúa como poseedor, obteniendo del mismo sus frutos, utilidad o aprovechamiento económico: ese es el rasgo común, la semejanza o identidad, para el que ostenta y el que no el derecho real.

La diferencia, contraste o incompatibilidad entre el señorío de uno y otro, se evidencia cuando el mismo lo despliega quien no es propietario toda vez que para

éste, la posesión satisface un propósito adicional, relevante y de insoslayable trascendencia social: **prescribir la propiedad ajena**, ya que, en términos del artículo 2512 *ibídem*, "*La prescripción es un modo de adquirir las cosas ajenas [...] por haberse poseído...*".

En efecto, dijo en la sentencia CSJ, SC, de 16 abr. 2008, Rad. 2000-00050-01:

"[S]alta al punto la esclarecedora idea que Andrés Bello quiso que en materia posesoria figurase en el código civil chileno, pues el artículo 830 del proyecto correspondiente al año 1853 establecía tres clases de posesión, a saber: la que va unida al dominio, que es la ejercida por el verus domino; la que ejerce quien no es dueño pero tiene justo título y buena fe, denominada posesión civil; y, por último, la que ejerce quien ni es dueño ni tiene justo título o buena fe, llamada posesión natural. Y aunque finalmente no quedó consagrada esa brillante división tripartita de la posesión, el caso es que la mencionada en segundo término quedó a la postre denominada como posesión regular".

A lo que se debe complementar, claramente, que la relacionada en tercer orden, esto es, "**la que ejerce quien ni es dueño ni tiene justo título o buena fe**", el Código Civil, artículo 763, dio por llamarla posesión irregular."

CASO EN CONCRETO

Se entrará a determinar si ésta llamada a salir avante la pretensión de declarar terminado el contrato de comodato precario celebrado entre la señora Luz Elena González Muñoz como demandante y Aura Rosa Muñoz como comodataria, sobre el inmueble ubicado en la Carrera 62ª N° 61-02 apartamento 220 interior del Municipio De Bello barrio Playa Rica, o por el contrario están llamadas a prosperar las excepciones propuestas por la parte demandada.

De los elementos probatorios se advierte la existencia de un contrato de comodato, celebrado entre las señoras LUZ ELENA GONZALEZ MUÑOZ y AURA ROSA MUÑOZ, con fecha del 14 de abril de 2014 (ver folios 7), estando legitimada para demandar la señora Luz Elena a la señora Aura Rosa, teniendo lugar el estudio de las excepciones.

Así todo lo anteriormente dicho, con respecto a las excepciones propuestas por la parte demandada, una de ellas es falta de uno de los requisitos para el perfeccionamiento de cualquier contrato y es la CAPACIDAD. No se adjuntó ningún documento que aportara prueba sumaria para avanzar con la misma y así, estar inmerso en una nulidad absoluta. Igualmente, se le ofició a MEDICINA LEGAL Y CIENCIAS FORENSES para determinar la capacidad mental de la señora **Aura Rosa Muñoz**, las partes renunciaron a que se practicara ésta, y consecuencia de tal acto, no se logró demostrar que la comodataria fuera incapaz, al momento de la celebración del contrato de comodato.

Es que no es posible indicar que por el hecho de la señora Aura Rosa Muñoz, tener 85 años no tiene capacidad, para lo cual se trae a colación lo indicado por la Corte Suprema de Justicia:

"Presunción de capacidad legal puede ser desvirtuada, demostrando que para entonces su autor se encontraba incurso en estado de incapacidad mental. Improcedencia de la tesis que confunde la incapacidad de persona de edad avanzada, con la aptitud de su consentimiento o voluntad para celebrar actos jurídicos. Discapacidad mental por senilidad. Ausencia de acreditación mediante la prueba testimonial practicada. " 4.5.1.1. El artículo 1503 del código civil sienta como principio general la presunción de capacidad de ejercicio de toda persona natural y como excepción la incapacidad (discapacidad) en los casos señalados por el legislador.

De antaño tiene decantado esta Corte: "*la habilidad legal para ejecutar o producir un acto jurídico es la regla general y la inhabilidad es la excepción. EL acto jurídico tiene eficacia y transcendencia legal en cuanto existen los elementos intrínsecos que lo condicionan, como lo son la capacidad, el consentimiento, el objeto y causa lícita, y en cuanto, cuando es el caso, se hayan llenado como lo determina la ley. La presunción de la validez y eficacia del acto jurídico ampara y favorece a quienes en él ha intervenido como partes, cuando se trata de un acto bilateral, o a quien lo ha realizado cuando es unilateral. Quiere decir esto que para anular o desvirtuar un acto de esta naturaleza, es preciso que a quien lo impugna destruya la presunción, lo cual no puede verificarse sino aduciendo la prueba plena del caso, que demuestren o los vicios internos del acto o la falta de solemnidades o formalidades requeridas. la presunción de sanidad del espíritu en cuanto al*

estado mental de las personas no puede destruirse si no mediante la demostración adecuada al caso."

En el mismo sentido los sostuvo años más tarde: *"la capacidad para celebrar contratos o ejecutar un acto jurídico no necesita ser demostrada concretamente por medio de pruebas: la ley la presume. El artículo 1053 del código civil enseña que 'toda persona es legalmente capaz, excepto aquellas que la ley declara incapaces'. De allí que con toda propiedad pueda decirse que la capacidad es la regla general y que la incapacidad es la excepción (...)"*.

"Esta presunción solo puede caer bajo el peso de la prueba contraria, y para desvirtuarla en casación, es necesario que el recurrente alegue y demuestre que el sentenciador incurrió en error de derecho en la apreciación de la prueba que se produjo con el objeto de demostrar a incapacidad de uno de los contratantes (...)".

Tan impecable razonamiento ha sido reiterado en otros fallos; y en general, suele ser también el compartido por la doctrina nacional; de tal modo, la presunción solo puede ser destruida con vigor con la prueba contraria, y para desvirtuarla en casación resulta necesario que el recurrente alegue y demuestre que el sentenciador incurrió en un error de derecho o en la apreciación de la prueba que se produjo con el objeto de demostrar la incapacidad de los contratantes.

Por esto, según prevé en el artículo 533, inciso 2º del Código Civil, aplicable al caso, al ser norma que se encontraba vigente para la época de los hechos controvertidos, no obstante, haberse dispuesto su derogación en el artículo 119 de la ley 1306 de 2009, todo acto o contrato celebrado sin la previa declaración judicial de interdicción de quien concurre a celebrarlo o a ejecutarlo, es perfectamente válido. Claro, el artículo 48 de la anunciada Ley de Discapacidad Mental conserva una conceptualización análoga a la regla 553, *ejusdem*.

Lo anterior, sin embargo, no significa que el respectivo negocio jurídico sea inimpugnable. Por lo contrario, la misma disposición permite desvirtuar la capacidad, demostrando que para entonces su autor se encontraba incurso en estado de discapacidad mental, tal cual, la doctrina inveterada de esta Corte viene doctrinando:

"1) Cuando una persona no está ni ha estado en interdicción por causas de demencia no puede ser declarados nulos los contratos por ella celebrados, mediante simple prueba de que tal persona ha adolecido de una sicosis, es necesario que aduzca una doble prueba, a saber:

a) Que ha habido una 'perturbación patológica de la actividad psíquica que suprime la libre determinación de la voluntad', según la terminología muy

técnica del Código Alemán, o que excluye 'la capacidad de obrar razonablemente', como dice el Código Suizo; b) que sea perturbación patológica de la actividad psíquica fue concomitante a la celebración del contrato.

2) Por lo que atañe a la primera de las pruebas indicadas, debe observarse que es necesaria porque no toda sicosis acarrea por sí misma la incapacidad civil. Lo que interesa, desde el punto de vista jurídico, no es saber si el contratante adolecía de una enfermedad mental cualquiera, sino averiguar si e desarreglo de sus facultades psíquicas, por su gravedad, impidió que hubiera un consentimiento susceptible de ser tomado en cuenta como factor del respectivo acto jurídico”.

Así que como no toda afección de esta índole conduce a neutralizar los efectos jurídicos del acto o contrato, la actividad probatoria debe orientarse a acreditar la anomalía psíquica y su influencia de la determinación de la voluntad del momento del otorgamiento del negocio jurídico cuestionado por parte de disponente. Con mayor razón, cuando la incapacidad o el vicio del consentimiento, por si, no implica, necesariamente, nulidad; ni menos, inexistencia, cuestión ésta ligada esencialmente con la ausencia de voluntad, de objeto jurídico o ya de ciertas solemnidades *ad substantian actus*. (C.S de J., Sala de Casación Civil, sentencia SC19730-2017, de noviembre 27/2017, Rad 05001-31-03-007-2011-00481-01, M.P Luis Armando Tolosa Villabona)”).

Razones por las que no prospera la excepción de falta de uno de los elementos esenciales para perfeccionar el contrato de comodato.

Por otro lado, la parte demandada también propuso como excepción la buena fe en la posesión del artículo 768 del Código Civil por parte de la señora Aura Rosa Muñoz. De ahí, la misma, dio razón del por qué su posesión era de buena fe, pero de la parte demandante era mala fe.

Según la justificación, es que la señora Aura Rosa Muñoz adquirió este bien inmueble objeto el litigio para su extensión en conjunto con su esposo fallecido para construir su casa en el 2001, del cual se desprende el apartamento 220 que habita actualmente y que es sujeto al contrato de comodato, que la señora Luz Elena González está haciendo uso de este bien sin ser dueña del mismo y por esto la mala fe. de las pruebas

Al respecto cabe mencionar la calidad del MERO TENEDOR. Según el artículo 775 del Código civil: *"se llama mera tenencia la que ejerce sobre una cosa, no como dueño, sino en lugar o a nombre del dueño. El acreedor prendario, el secuestre, el usufructuario, el usuario, el que tiene derecho de habitación, son meros tenedores de la cosa empeñada, secuestrada o cuyo usufructo, uso o habitación les pertenece."* vale recalcar, la diferencia entre la posesión y la mera tenencia; la primera, la persona ejerce ánimo de señor y dueño sobre el bien que no hace parte de su propiedad y en la segunda, quien tiene el bien esta para el disfrute y goce de mismo, pero reconociendo dominio ajeno.

La Corte constitucional, en una de sus sentencias también hizo una distinción entre los mismos, así: "En la **Sentencia T-302 de 2011**, la Corte precisó que *"entre posesión y simple tenencia existen elementos comunes, pero también otros que son disímiles. Dentro de las similitudes entre las dos figuras jurídicas encontramos que por regla general la tenencia implica el uso o aprovechamiento económico del bien, al paso que la posesión siempre involucra actos positivos que se manifiestan en el uso o provecho económico del bien, pues en la práctica, son tales actos materiales de uso o provecho los que exteriorizan la intención de poseer y así, concretan el animus en el corpus. Sin embargo, entre las instituciones existe una diferencia marcada: mientras que en la tenencia el poder o relación material de la persona con el bien, en el que se funda su uso o provecho, está mediado por dependencia o subordinación a la voluntad de otro sujeto, lo que equivale a sostener que siempre se reconoce dominio ajeno sobre el bien y se somete al mismo, en la posesión, dicho poder material sobre el bien no se sustenta más que en la voluntad libre e independiente de usar o aprovechar económicamente el bien, es decir, sin que se reconozca dominio ajeno sobre el mismo. En el primer supuesto encontramos las circunstancias que se originan en cualquier negocio jurídico en virtud del cual se recibe un bien, quedando obligado a restituirlo o devolverlo a su propietario. Por ejemplo, en el contrato de arrendamiento el arrendatario deberá restituir o entregar el inmueble al arrendador luego de vencido el plazo de dicho contrato. También, en los casos en los que se ejercen derechos reales constituidos sobre bienes como la prenda con tenencia, el usufructo y el uso y habitación que tienen como referente al titular del derecho de dominio. Tenencia que es absoluta y perpetua, es decir, se expone ante el dueño del bien y ante terceros y, no se transforma en posesión salvo de qué manera pública, abierta y*

franca, se niegue ser tenedor y simultáneamente se ejecuten actos posesorios a nombre propio. Por este motivo la tenencia no permite el paso a la adquisición del bien por prescripción”.

En este caso en particular, el contrato de comodato precario, hace que la parte demandada al momento del perfeccionamiento del mismo reconozca que el bien le pertenece a la parte actora Luz Elena González, como lo menciona en la cláusula quinta del contrato de comodato celebrado en las partes *“en el caso de que ella (Aura Rosa Muñoz) le quiera devolver el inmueble a su PROPIETARIA (Luz Elena González) lo podrá hacer a la hora que quiera. Y en caso de muerte de la señora Aura Rosa Muñoz el inmueble será entregado a su propietaria...”*

Por último, enseñan Planoil y Ripert que *“hay dos especies de préstamos. En uno, la cosa prestada debe devolverse en su individualidad; el deudor solo está autorizado a servirse de la cosa prestada por el tiempo del préstamo, sin poder enajenarla o destruirla: en este el préstamo de uso, el commodatum de los romanos.*

En el otro, el deudor está autorizado a disponer de las cosas que se le entregan y obligado a devolver otras semejantes en igual cantidad y de la misma calidad: es el préstamo de consumo, el mutuum de los romanos...

Bajo estas dos formas, el préstamo es un contrato real en el sentido de que no existe, como tal, sino por la entrega de las cosas, según la fórmula romana se forma “re”. Pero en el préstamo de uso, esta entrega consiste en una simple entrega material de la cosa, de la que el deudor llega a ser detentador, en tanto que en el préstamo de consumo adquiere la propiedad de la misma; por tanto, la entrega que se le hace es verdaderamente traslativa, como lo era la tradición del mutuum...”

Una vez hecho un análisis jurídico y probatorio, se llegó a la conclusión de que, en este caso la posesión de buena fe que menciona la parte demandada en su contestación no se probó, razón por la que no prospera la mencionada excepción.

Con respecto a que la señora Aura Rosa Muñoz, a la fecha tiene 85 años de edad ya calificada como adulto mayor y que tiene garantías y derechos fundamentales que proteger, esto no es objeto de lo pretendido o motivación para que sea relevante dentro del mismo, sin embargo, los hijos en este caso entre ellos la parte actora Luz Elena, tiene la obligación social y legal de velar por la parte demandada la señora Aura Rosa.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Segundo Civil Municipal de Bello de la oralidad, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley.

F A L L A:

PRIMERO. No se declara probada las excepciones de mérito planteadas por la parte demandada, de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva de la sentencia.

SEGUNDO: Declarase terminado el contrato de COMODATO celebrado entre las señoras LUZ ELENA GONZALEZ MUÑOZ y AURA ROSA MUÑOZ.

SEGUNDO: En consecuencia, se ordena la señora AURA ROSA MUÑOZ, restituir el inmueble ubicado en la carrera 62 a N° 61-02, apartamento 220 int, barrio Playa Rica, del Municipio De Bello, a la señora , de no hacerlo en forma voluntaria, dentro de los tres días siguientes a la ejecutoria de este fallo, se comisionará al Alcalde, para llevar a efecto la diligencia de restitución, para lo cual se librára Despacho Comisorio con los insertos del caso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



MARIO ANDRÉS PARRA CARVAJAL

JUEZ