

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C. Sala Civil

**Magistrado Ponente:
MARCO ANTONIO ÁLVAREZ GÓMEZ**

Bogotá D.C., veintiocho (28) de septiembre de dos mil veintitrés (2023)

Ref. Proceso ejecutivo No. 110013103026201800360 03

Se deciden los recursos de apelación interpuestos por las partes contra la sentencia de 4 de julio de 2023, proferida por el Juzgado 26 Civil del Circuito dentro del proceso que Mario Hermosa Puyo y Vivian Fernández Hermosa promovieron contra Comunicación Celular S.A. – Comcel S.A.

RESEÑA DEL LITIGIO Y DEL PROCESO

1. Los referidos demandantes llamaron a proceso ejecutivo a la mencionada sociedad para obtener el pago de \$70 482 924, por concepto de cánones de arrendamiento debidos, junto con los intereses moratorios causados desde el 14 de junio de 2022.

2. Para sustentar sus pretensiones, adujeron que en la sentencia de 7 de abril de 2021 se le ordenó a la ejecutada entregar el inmueble arrendado dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria del fallo, e hiciera el pago de las rentas debidas desde el 1º de enero de 2018 hasta que se verificara la restitución, hecho que tuvo lugar el 14 de junio de 2022; empero, Comcel S.A. sólo consignó el precio del arrendamiento hasta enero de esa anualidad.

Agregaron que ambas partes apelaron ese fallo, pero el Tribunal inadmitió el recurso por tratarse de un proceso de única instancia. Esta decisión fue confirmada en el auto de 4 de noviembre de 2021, que resolvió el recurso de

súplica. El auto de obediencia a lo resuelto por el superior se profirió el 3 de junio de 2022 y fue notificado el día 8 siguiente.

3. El mandamiento de pago se libró por auto de 26 de octubre de 2022 (cdno. 5, archivo 24). Comcel S.A. alegó (i) “pago – cumplimiento de la sentencia”; y (ii) “mora de los demandantes en recibir el inmueble – mora creditoria”.

LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El juzgador reconoció la excepción de pago y ordenó la entrega, a favor de la demandada (reembolso), de los dineros que pagó en exceso, puesto que sólo debió solventar las rentas “hasta el 5 de noviembre de 2021”, (cdno. 5, archivo 75, p. 2).

Para arribar a esa conclusión consideró que la obligación impuesta en la sentencia quedó condicionada a que una de las partes entregara y la otra recibiera, estando compelido el acreedor a recibir el bien; y aunque la apelación de la sentencia se concedió en el efecto suspensivo, lo que suspendió su competencia hasta la ejecutoria de la providencia que lo resolvió, el 5 de noviembre de 2022, “ello no significa que a la deudora le esté vedado ofrecer o cumplir con la obligación de dar y entregar el inmueble y a la deudora (sic) recibirlo, porque el efecto suspensivo lo es para efectuar trámites judiciales ante el juez de primera instancia, no para el cumplimiento de obligaciones entre las partes” (audiencia, min. 20:38).

Por tanto, como se probó la intención de la ejecutada de hacer entrega del inmueble, era claro que el incumplimiento reprochado a Comcel S.A. se generó por el proceder de los demandantes.

LOS RECURSOS DE APELACIÓN

1. La parte demandante pidió revocar la sentencia por las siguientes razones:

a. “Comcel S.A. buscó obligar a la recepción del inmueble de cualquier manera, incluso estando el inmueble con un sellamiento por parte de la inspección de Policía de Chapinero para el 1º de enero de 2018” (cdno. Tribunal, archivo 05, p. 7). “Dentro del proceso de restitución (...) se dio una larga discusión respecto de la entrega del inmueble en la que Comcel realizó varias formas de entrega unilateral, sin dar pleno cumplimiento a los requisitos legales, a toda costa, sin importar el estado en que se encontrara” (p. 10).

b. El recurso de apelación de Comcel contra la sentencia de 7 de abril de 2021 sí se relacionó con la entrega porque pretendía que se revocaran las decisiones sobre sus obligaciones contractuales, por considerar que el negocio arrendaticio había culminado en diciembre de 2017, “[e]s por esto por lo que no puede concluirse que Comcel no se oponía a la entrega, ya que, inclusive, para ellos ya estaba entregado para diciembre de 2017 (...)” (cdno. Tribunal, archivo 05, p. 12). J

c. “[E]l demandado tuvo oportunidad para proceder y solicitar la entrega forzada del inmueble, si es que en derecho así correspondiera” (cdno. Tribunal, archivo 05, p. 13).

d. “Fue hasta el 3 de junio de 2022 que el Juzgado 26 Civil del Circuito procedió a proferir el auto de obedézcase y cúmplase, bajo este parámetro y sin saber el estado actual del inmueble, se procedió a recibir el mismo, dando cumplimiento a la sentencia, dejando constancia del estado en el que se recibía, mediante acta de 14 de junio de 2022” (cdno. Tribunal, archivo 05, p. 16); “con estas decisiones y el acta (...) se pudo solicitar la entrega de los dineros depositados a órdenes del juzgado” (ib.), frente a lo cual el juzgado, el 26 de octubre de 2022, autorizó la entrega de los dineros. Esta decisión fue confirmada en auto de 1º de diciembre de 2022, “toda vez que la sentencia proferida en abril de 2021 establecía que se debían desde el 01 de enero de 2018 hasta la fecha de entrega” (p. 17, ib.), por lo que existe “una decisión judicial clara” en la que se apoyó la ejecución de los dineros pendientes de pago de febrero hasta el 14 de junio de 2022 (p. 18, ib.).

e. Para que el pago “realmente extinga una obligación debe ser ejecutado acorde al contenido de la obligación misma, ya que cada prestación posee características distintas, lo cual hace que un pago sea eficiente, pueda adoptar múltiples variantes. De esto se deduce que el acreedor no podrá ser obligado a que se le pague de forma distinta a como se estipuló, como lo determine la ley o, en este caso, una sentencia judicial en firme”. Además, para que “efectivamente extinga la obligación debe ser completo y se debe ajustar a la obligación debida” (cdno. Tribunal, archivo 05, pp. 28 y 29).

g. “La discusión de la ejecutoria de la sentencia para efectos de la entrega de los dineros no tiene nada que ver con su exigibilidad, ya que lo que se está ejecutando y dando cumplimiento es a lo dispuesto en el numeral cuarto. Los dineros de los cánones de arrendamiento son exigibles desde el 01 de enero de 2018, hasta que se materialice la entrega, es decir, hasta el 14 de junio de 2022, fecha en la se efectivizó la entrega (...), no antes, ni después” (cdno. Tribunal, archivo 05, p. 29).

2. Comcel S.A. se adhirió a la apelación con un único reparo: que el juez “debió considerar que la obligación de pago” a su cargo “se extendió solamente hasta el 21 de abril de 2021 y no hasta el 5 de noviembre de 2021”, porque “la orden de restitución contenida en la sentencia del 7 de abril no fue objeto de apelación” (cdno. Tribunal, archivo 06, pp. 6 y 7).

CONSIDERACIONES

1. En medio de la discusión que las partes sostienen sobre la fecha hasta la cual debe pagarse el precio del arrendamiento, parecen olvidarse ciertas cuestiones de naturaleza sustancial y procesal que conviene recordar:

a. La primera, que la figura de la mora del acreedor es bastante limitada en su aplicación y en sus efectos, puesto que, de una parte, sólo aplica a las obligaciones de dar un cuerpo cierto -por aquello del riesgo de pérdida de la cosa-, y de la otra que, en las hipótesis en las que se configura, únicamente da derecho al deudor para ser indemnizado por su acreedor, si fuere el caso.

Que ello es así se colige de las pocas normas que se refieren a tan singular materia, como el artículo 1605 del Código Civil, en el que se precisa que “la obligación de dar contiene la de entregar la cosa; y si esta es una especie o cuerpo cierto, contiene, además, la de conservarla hasta la entrega, so pena de pagar los perjuicios al acreedor que no se ha constituido en mora de recibir”. Precisamente porque la mora del acreedor influye directamente en el riesgo de pérdida del cuerpo cierto, el artículo 1739 de la misma codificación puntualiza que “la destrucción de la cosa en poder del deudor, después que ha sido ofrecida al acreedor y durante el retardo de éste en recibirla, no hace responsable al deudor si no por culpa grave o dolo”. Y en esa misma línea, el artículo 1883 de dicho código, relativo a la compraventa, prevé que “[s]i el comprador se constituye en mora de recibir, abonará al vendedor el alquiler de los almacenes, graneros o vasijas en que se contenga lo vendido, y el vendedor quedará descargado del cuidado ordinario de conservar la cosa, y sólo será ya responsable del dolo o de la culpa grave”.

Como se deduce con facilidad, la figura en cuestión aplica -parcamente- a las obligaciones de dar una especie o cuerpo cierto; y, en estrictez, tal sólo incide en la responsabilidad, pero jamás en el débito que permanece en hombros del deudor. Al respecto puede consultarse la opinión de Guillermo Ospina Fernández, para quien “la concepción de la mora creditoria (...) con los alcances restringidos que se le asignan en punto de las obligaciones de dar y de entregar cosa, apenas si es una aplicación particular de principios generales que dominan toda la responsabilidad civil”¹.

Por tanto, como la obligación del arrendatario consistente en restituir la cosa al fin del arrendamiento (C.C., art. 2005), y desde luego no es de dar (que conlleva la de entregar al adquirente) puesto que no implica la transferencia del derecho real—, sino de *hacer* entrega, decae, por sustracción de materia, la pretensión de la sociedad ejecutada de no pagar las rentas causadas hasta el momento en que se verificó la entrega del inmueble (14 de junio de 2022; cdno. 5, archivo 01).

¹ Régimen generales de las obligaciones, Temis, 1987, p. 123
M.A.G.O. Exp. 110013103026201800360 03

b. La segunda, que es apenas lógico y comprensible que el deudor, por regla, no pueda prevalerse de la figura de la mora del acreedor para hacer cesar su obligación de pagar el precio del arrendamiento, habida cuenta que, si se miran bien las cosas, el arrendador no tiene la obligación de recibir. Con otras palabras, el arrendatario no es titular de un derecho de crédito frente al arrendador, concerniente a la devolución del predio arrendado. Es el arrendatario el que está obligado a restituir, y sólo restituyendo paga la obligación de hacer entrega. En la medida en que el acreedor puede colaborar para que ese pago se verifique, la suya, entonces, es una carga, pero no un típico deber de prestación.

Veámoslo de otra manera, trayendo a colación la opinión de Carlos Darío Barrera Tapias, para quien “el régimen que plasma los preceptos citados es perfectamente coherente con la idea general de la indiferencia jurídica del evento de la recepción o no, por parte del acreedor, de lo que otro le debe: no se está obligado a reclamar el crédito y ni siquiera a recibir la cosa debida sobre lo cual puede recaer la indolencia y hasta la negligencia del acreedor, mientras ello no imponga cargas jurídicas o económicas al *solven*. Cuando esto ocurra, el alcance de las obligaciones de conservación, los riesgos de pérdida y los gastos de custodia se radican en cabeza del acreedor renuente.”²

Luego, en este caso los señores Mario Hermosa Puyo y Vivian Fernández Hermosa eran los acreedores de la obligación que tenía Comcel S.A. de restituirles la cosa arrendada (C.C., art. 2005); pero ellos no eran deudores de su arrendatario en lo atañadero a la restitución, lo que excluye, de plano, la posibilidad de alegar la mora de aquellos. Si faltaron a su deber de colaborar, pues que indemnicen, si es que hubo daño; pero mientras Comcel S.A. tuvo la tenencia del inmueble, suya era la obligación –esa sí obligación– de pagar el precio pactado.

c. La tercera que, si en gracia de la discusión se aceptará la posibilidad del arrendatario de acogerse a tal figura, no le bastaba hacer ofrecimientos de entrega como los que hizo a través de las comunicaciones

² El derecho de las obligaciones, Ibañez y PUJ Bogotá, p. 165
M.A.G.O. Exp. 110013103026201800360 03

de 23 de abril de 2021 y 14 de enero de 2022 (cdno. 5, archivo 02, pp. 5 y 16), porque con esa actuación apenas daba comienzo a un camino en el que no avanzó y que por supuesto no recorrió. Es que la oferta no se basta a sí misma, dado que siempre es necesario analizar si la resistencia del acreedor frente a un deudor que quiere pasar por pundonoroso tiene algún tipo de justificación; y aquí se ha dicho, con respaldo en los documentos emanados de la Inspección 2B de Policía de Chapinero, que los reparos surgieron desde que esa autoridad ordenó la imposición de sellos en el inmueble ubicado en la Calle 90 No. 13-23/33 por la construcción sin la respectiva licencia y los planos aprobados (cdno. 1, archivo 01, p. 179), amén de que el inmueble presentaba “cambios arquitectónicos y constructivos”, pues “fue objeto de varias modificaciones que alteraron el diseño original y la capacidad portante”, y de que para la época de la entrega “algunos de los muros”, pisos y cubierta “se encuentran agrietados y manchados por filtraciones de agua”, amén de que la conexión de la oficina 601 se encuentra oxidada, “las oficinas no cuentan con identificación en su ingreso”, “la referencia de los baños es diferente a la original” y “las fachadas cuentan con unas manchas y elementos que no hacen parte de la construcción original” (cdno. 5, archivo 01, pp. 2, 6, 9, 10, 12). Si los arrendadores, pese a esas falencias, finalmente aceptaron recibir el 14 de junio de 2022, es asunto que queda en el marco de la autonomía de su voluntad.

En adición, supuesta la procedencia de la defensa aludida, era indispensable entregar el bien para que cesará la obligación de pagar la renta.

d. La cuarta, que el de restitución es un proceso declarativo y de condena; jamás constitutivo. Estas mismas características se afirman de la sentencia estimatoria. Lo que hizo el juez fue declarar que Comcel S.A. había incumplido, por lo que tenía la obligación de devolver el inmueble a los arrendadores; por eso la condenó.

Por consiguiente, de la sentencia de restitución, fechada a 7 de abril de 2021, lo que se puede colegir es que Comcel S.A. es deudor moroso, lo que excluye la posibilidad de calificar de morosos a sus arrendadores por un deber de prestación que no contrajeron. Por eso el tema de la ejecutoria de esa providencia no quita ni pone ley, dado que tan sólo le sirvió al juez para M.A.G.O. Exp. 110013103026201800360 03

fijar un hito para el cumplimiento de la condena, pero que no determina, en modo alguno, la exigibilidad de la obligación de restituir.

Por esta misma vía, la controversia sobre la época en que ese fallo causó firmeza no incide en la conclusión, pues si bien es cierto que, en lo tocante con la orden de restituir, ninguno de los contendientes interpuso apelación (recordemos que el inciso 2º del artículo 328 del C.G.P. se refiere a la impugnación de “toda” la sentencia), en todo caso no hay manera de afirmar que por cuenta de los ofrecimientos que se hicieron a los arrendadores hubo mora de ellos, y mucho menos que cesó la obligación de pagar el precio del arrendamiento mientras Comcel S.A. mantuvo la tenencia del inmueble.

2. Puestas de este modo las cosas, se revocará la sentencia apelada para, en su lugar, declarar no probadas las excepciones de pago (no se han solucionado todas las rentas) y “mora de los demandantes en recibir el inmueble – mora creditoria”. En su lugar se ordenará seguir adelante con la ejecución.

Desde luego que al liquidar el crédito se tendrán en cuenta los cánones entregados al arrendador, según autos proferidos por el juez los días 26 de octubre y 1º de diciembre de 2022 (cdno. 5, archivo 78 y 79).

Quedan así resueltas las dos apelaciones: la de los arrendadores, que se abre paso, y la del arrendatario que deviene frustránea. Por eso, entonces, Comcel S.A. asumirá las costas de ambas instancias.

DECISIÓN

Por el mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior de Bogotá D.C., en Sala Primera Civil de Decisión, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **REVOCA** la sentencia de 4 de julio de 2023, proferida por el Juzgado 26 Civil del Circuito de la ciudad dentro de este proceso y, en su lugar,

RESUELVE

1. Declarar no probadas las excepciones propuestas por Comcel S.A.
2. Ordenar que siga adelante la ejecución a favor de Mario Hermosa Puyo y Vivian Fernández Hermosa contra Comunicación Celular S.A. – Comcel S.A., en los términos del mandamiento de pago de 26 de octubre de 2022.
3. Ordenar el remate, previo avalúo, de los bienes embargados y de los que se llegaran a embargar a la sociedad ejecutada, para con su producto pagar el crédito y las costas.
4. Ordenar la liquidación del crédito. Ténganse en cuenta los pagos efectuados, según la orden de entrega que se impartió en autos de 26 de octubre y 1º de diciembre de 2022.
5. Condenar en costas de ambas instancias a la parte demandada. El juez de primer grado fijará las agencias en derecho por lo actuado en su sede.

NOTIFIQUESE

Firmado Por:

Marco Antonio Alvarez Gomez
Magistrado
Sala 006 Civil
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Ricardo Acosta Buitrago
Magistrado
Sala Civil Despacho 015 Civil
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Jaime Chavarro Mahecha
Magistrado
Sala Civil
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **1253f50fc2ca9150d8d45fa5a98b8ddf86b4eab61858ce07a1fcd9c1e1b30abd**

Documento generado en 28/09/2023 01:49:48 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>