

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



JUZGADO PRIMERO CIVIL DEL CIRCUITO DE ORALIDAD DE CALI
Santiago de Cali, cinco (05) de octubre de dos mil veintiuno (2021).

PROCESO : EJECUTIVO
DEMANDANTE : LUZ STELLA MORALES TABORDA
DEMANDADO : ALEXANDER GALLEGO
RADICACIÓN : 2021-00150-01

1. OBJETO

Procede el Despacho a resolver el recurso de reposición impetrado por el apoderado de la parte demandante, contra el auto de 26 de julio de 2021, mediante el cual se negó el mandamiento de pago solicitado.

2.- RECUENTO PROCESAL

La parte ejecutante LUZ STELLA MORALES TABORDA, instauró demanda EJECUTIVA por obligación de hacer contra ALEXANDER GALLEGO, la cual correspondió por reparto para su conocimiento a este despacho judicial, y una vez se efectuó la revisión preliminar de admisión, estimó que no era factible librar el mandamiento ejecutivo solicitado, de tal manera que se negó el mismo.

En efecto, el despacho advirtió que como el deudor no era el propietario sino el locatario del bien inmueble objeto de la escritura pública que a través de esta demanda ejecutiva, se busca sea suscrita por el señor Alexander Gallego, ya que el titular de dominio del referido bien es la entidad bancaria Banco Davivienda S.A., como propietaria del leasing habitacional, escenario que se acreditó con el certificado de tradición allegado con la demanda y correspondiente al folio de matrícula inmobiliaria No. 370-938376 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Cali, por lo que no podía librarse entonces la orden de apremio solicitada.

Adicionalmente, se indicó que no se podía librar ejecución por la pretensión de cobro de clausula penal enlistada en el numeral 6 de la demanda, por cuanto no se trata de una pretensión que se haya formulado de manera subsidiaria y referente al pago de perjuicios compensatorios, en lugar de la prestación original, es decir, se acumuló a las demás pretensiones de manera sucesiva y no se formuló como pretensión subsidiaria y/o bajo la forma de perjuicios compensatorios en lugar de la prestación original.

Dentro del término de ejecutoria de la anterior decisión, la parte recurrente demandante presentó recurso de reposición y en subsidio apelación sustentado su inconformidad en los siguientes aspectos:

Manifiesta que en las pretensiones de la demanda no se solicitaba la ejecución de una obligación de suscribir la escritura pública de compraventa, sino las siguientes pretensiones:

“1. El demandado Alexander Gallego, procederá a realizar todos los trámites pertinentes ante la entidad bancaria Davivienda S.A. a efectos de cancelar el leasing habitacional de que es titular respecto al inmueble identificado con el folio de matrícula inmobiliaria 370-938376 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Cali, descrito en el Hecho Primero de esta demanda.

2. El demandado Alexander Gallego, procederá a realizar todos los trámites pertinentes y necesarios para que Davivienda S.A. otorgue y suscriba la Escritura Pública protocolaria de compraventa sobre el indicado inmueble a favor de la señora Luz Stella Morales Taborda”

De esa manera, agrega que con la demanda se pretendía obligar al demandado, conforme a los compromisos por él contraídos en la promesa de compraventa fechada el 20 de noviembre de 2020, a que llevase a cabo todos los trámites con el Banco Davivienda para cancelar el leasing habitacional, trámites que comportaban, según indico, la cancelación de dicho producto financiero con el dinero que iba a entregar la promitente compradora, de manera que era con la cancelación del leasing, y muy concretamente con el pago de la última cuota del arrendamiento financiero, con lo que el demandado estaría en condiciones de adquirir la propiedad del inmueble o de exigir a la entidad financiera que transmitiera el derecho de dominio a la señora Luz Stella Morales Taborda.

En conclusión, manifiesta que este proceso no va dirigido a que el demandado otorgue la escritura pública, sino que efectúe los trámites pertinentes para que pueda cancelar el leasing habitacional que pesa sobre el inmueble a fin de que Davivienda transmita el derecho de dominio como se acordó en el contrato adosado.

Así las cosas, ha pasado el asunto a Despacho para decidir, a lo que se procede, previas las siguientes:

3.- CONSIDERACIONES:

3.1. Tiene por finalidad el recurso de reposición, someter a un nuevo estudio del Juzgado una providencia, para que se enmienden los errores que se hubiesen podido cometer en la misma. Para el efecto se debe entonces, señalar las fallas en que se incurrió, y convencer con sus argumentaciones jurídicas.

3.2. Problema Jurídico.

El problema jurídico por resolver se centrará en determinar si incurrió en error el juzgado al negar el mandamiento ejecutivo solicitado, por falta de exigibilidad de la obligación cuya ejecución se pretende a cargo del demandado ALEXANDER GALLEGO.

3.3.-Resolución del problema jurídico.

Así las cosas, conforme al artículo 422 del CGP, pueden demandarse ejecutivamente las obligaciones que sean claras, expresas y exigibles, que consten en documentos que provengan del deudor y constituyan plena prueba contra él:

“ARTÍCULO 422. TÍTULO EJECUTIVO. Pueden demandarse ejecutivamente las obligaciones expresas, claras y exigibles que consten en documentos que provengan del deudor o de su causante, y constituyan plena prueba contra él, o las que emanen de una sentencia de condena proferida por juez o tribunal de cualquier

jurisdicción, o de otra providencia judicial, o de las providencias que en procesos de policía aprueben liquidación de costas o señalen honorarios de auxiliares de la justicia, y los demás documentos que señale la ley. La confesión hecha en el curso de un proceso no constituye título ejecutivo, pero sí la que conste en el interrogatorio previsto en el artículo 184.”

Es así como pueden demandarse ejecutivamente aquellas obligaciones que contengan los requisitos que establece el artículo en mención: i) *Claridad*, esto es, que sea *inteligible por su simple lectura y no el fruto del fruto de suposiciones*; ii) *Expresividad*, es decir, que se indique la *voluntad inequívoca de crearla y la forma en que debe ser satisfecha* y iii) *Exigibilidad*, por haberse verificado el *plazo o la condición fijados para su cumplimiento, o siendo una obligación pura y simple se haya reconvenido al deudor judicialmente*¹; iv) que exista una obligación a cargo de una persona natural o jurídica; v) que la misma provenga del deudor o de sus causahabientes; y vi). que el documento en sí mismo considerado pruebe plenamente contra el deudor. Sin que la ley adjetiva civil exija más requisitos para que se demande ejecutivamente una obligación.

En este evento, la parte actora solicita que se libere mandamiento ejecutivo por las siguientes obligaciones de hacer a cargo del demandado:

“solicito, señor juez, librar mandamiento ejecutivo a favor de mi representado y contra el demandado, para que éste de cumplimiento a una obligación de hacer, pagar la cláusula penal respectivo, y las costas del proceso, conforme los siguientes puntos:

1. El demandado Alexander Gallego, procederá a realizar todos los trámites pertinentes ante la entidad bancaria Davivienda S.A. a efectos de cancelar el leasing habitacional de que es titular respecto al inmueble identificado con el folio de matrícula inmobiliaria 370-938376 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Cali, descrito en el Hecho Primero de esta demanda.

2. El demandado Alexander Gallego, procederá a realizar todos los trámites pertinentes y necesarios para que Davivienda S.A. otorgue y suscriba la Escritura Pública protocolaria de compraventa sobre el indicado inmueble a favor de la señora Luz Stella Morales Tabora.”

Para sustentar lo anterior, aportó un *“contrato de promesa de compraventa de bien inmueble de vivienda urbana,”* suscrito entre aquella como promitente compradora y el demandado Alexander Gallego en calidad de promitente vendedor, el que, a su juicio, da cuenta de la constitución de un título ejecutivo, claro expreso y exigible; no obstante, contrario a lo sostenido por el recurrente el despacho advierte que el contrato adosado no presta mérito ejecutivo frente a las obligaciones cuya ejecución se persigue, por las razones que a continuación se pasan a explicar:

Al examinar dicho documento junto con los demás anexos de la demanda (certificado de tradición del inmueble con M.I No. 370-938376), el despacho encuentra que la persona que se compromete en aquel negocio jurídico a transferir a la promitente compradora, el derecho de dominio, propiedad y posesión sobre aquel inmueble ubicado en la carrera 223 SUR-30, en el Conjunto Residencial Alegra P.H casa 116 manzana 5, no es el propietario sino realmente es un locatario en virtud a un contrato de leasing suscrito con la entidad financiera Davivienda.

¹ Procesos, declarativos, arbitrales y ejecutivos. Ramiro Bejarano. Séptima Edición. Editorial Temis. Pag 446.

De acuerdo a lo anterior, emerge necesario analizar un poco el contrato de leasing y los efectos jurídicos que de aquel se desprenden, a efectos de definir si efectivamente le son exigidos al demandado, vía ejecutiva, los compromisos en la promesa de compraventa adosada:

En efecto, según el artículo 2º del Decreto 913 de 1993, se define el contrato de leasing como una operación de arrendamiento financiero que consiste en “... la entrega a título de arrendamiento de bienes adquiridos para el efecto financiando su uso y goce a cambio del pago de cánones que recibirá durante un plazo determinado, pactándose para el arrendatario la facultad de ejercer al final del período una opción de compra. En consecuencia el bien deberá ser de propiedad de la compañía arrendadora derecho de dominio que conservará hasta tanto el arrendatario ejerza la opción de compra. Así mismo debe entenderse que el costo del activo dado en arrendamiento se amortizará durante el término de duración del contrato, generando la respectiva utilidad.”

Al respecto, la Corte Constitucional ha dejado claro que

“El leasing en Colombia se define como un contrato financiero, que se distingue por ser principal, bilateral, consensuado, oneroso, conmutativo, de tracto sucesivo y de naturaleza mercantil, por medio del cual el propietario de un bien de capital cede su uso por un determinado tiempo, a cambio de una renta periódica, pudiendo acordar eventualmente con el usuario del bien, una opción de compra. Si bien las anteriores son características generales que se puede encontrar en muchos otros tipos de contratos, el leasing no puede ser confundido o asimilado a un negocio jurídico de venta a plazos con reserva de dominio, ni a un contrato de crédito, pues en el primer supuesto, la propiedad del bien se adquiere desde el pago de la primera cuota, mientras que en el leasing esta se adquiere al final del contrato y solo cuando se pretenda ejercer la opción de compra; frente al segundo supuesto, la diferencia radica en que el objeto de leasing es transferir el uso de un bien de propiedad, mientras que en el crédito se entrega un bien fungible como es el dinero debiéndose devolver una cantidad igual a la recibida en el crédito, más los intereses pactados.”²

De lo anterior, se puede extractar que el contrato de leasing es una actividad financiera mediante la cual el propietario de un bien entrega su tenencia a cambio del pago mensual de un arrendamiento, que puede incluir un pacto de opción de compra al terminar el contrato; es decir, que es al final de la relación comercial que se hace uso de esa opción y no antes como lo quiere hacer ver el recurrente.

En tal sentido, es claro que el BANCO DAVIVIENDA entregó al señor ALEXANDER GALLEGO, la tenencia de un inmueble destinado a vivienda para su uso y goce, a cambio del pago de un canon periódico, durante un plazo convenido, a cuyo vencimiento el bien se restituye al propietario o se transfiere al locatario, si este último decide ejercer la opción de adquisición pactada a su favor y paga su valor.

De igual forma, resulta oportuno referir que el hecho de que le falte poco para terminar la vigencia o plazo del contrato convenido no da lugar a especular que el locatario sí va a hacer uso de la opción de compra, pues se trata de una simple expectativa que solo al concluir el contrato se conoce si acepta o no; mientras tanto, el bien es de propiedad exclusiva del arrendador, en este caso el banco Davivienda.

Al respecto, es importante indicar que esa situación quedó advertida por el mismo demandante, quien en el escrito genitor manifestó: *“decimosegundo. Otro detalle*

² Sentencia T-734 de 2013. MP Alberto Rojas Ríos.

significativo que prueba la falta de voluntad del demandado de dar cabal cumplimiento a la obligación contraída, es que no puso en conocimiento de Davivienda S.A que había negociado el inmueble y que se iba a cancelar totalmente el leasing a efectos de que dicha entidad bancaria procediera a la transmisión de la propiedad. Muestra de ello es que no compareció ningún representante de Davivienda S.A en la Notaria en la fecha estipulada, siendo notorio que debía seguirse un proceso en el banco a efectos de poder formalizar el negocio”

Así las cosas, queda claro, entonces, que la propiedad está en cabeza del dueño del bien, no del locatario, y que este último durante la vigencia del contrato es un mero tenedor, no poseedor, pues tiene el uso y goce, pero reconociendo dominio ajeno; de manera que atendiendo a aquellas circunstancias no es posible exigírsele al locatario ALEXANDER GALLEGO, a través de un proceso ejecutivo, conforme lo pretende el ejecutante, honrar los compromisos pactados en el contrato de promesa de compraventa arribado, por cuanto es claro que el cumplimiento de aquellos no depende exclusivamente de aquel sino de un tercero totalmente ajeno a dicho vínculo contractual.

Así las cosas, de la situación fáctica expuesta, se colige que el asunto planteado podía ser ventilado, llegado el caso, en un proceso de naturaleza declarativa, habida cuenta que el proceso ejecutivo parte de obligaciones ciertas, determinables y exigibles, y ante la falta de incertidumbre del incumplimiento del contrato o de algunas de las condiciones allí pactadas, como disuasión para el cumplimiento de las obligaciones adquiridas, y dado además de que la cláusula penal es una cuestión accesoria al contrato, resulta a todas luces jurídicamente inviable librar orden de apremio en los términos solicitados por el demandante.

Por lo antes expuesto, el Juzgado considera entonces que no hay lugar a revocar la decisión objeto de reproche, razón por la cual, aquella se mantendrá incólume.

En consecuencia, el juzgado, RESUELVE:

1. NO REPONER para revocar el auto de fecha 26 de julio de 2021, por lo expuesto en la parte motiva del presente auto.
2. Notificar la presente providencia según lo dispuesto en el artículo 9 del decreto 806 de 2020.

NOTIFIQUESE



ANDRÉS JOSÉ SOSSA RESTREPO
Juez

Juzgado 1º Civil del Circuito de Oralidad

Santiago de Cali 07 de octubre del 2021

Notificado por anotación en el estado No. 169
De esta misma fecha

Guillermo Valdés Fernández

Secretario