

JUZGADO OCTAVO CIVIL DEL CIRCUITO DE ORALIDAD
Medellín, diciembre seis de dos mil veintidós

Proceso	Restitución
Demandante	Álvaro Eduardo y Andrés Felipe Arenas Villegas.
Demandado	Enrique Rodríguez G y María Pilar Rodríguez A
Instancia	Segunda
Sentencia N°	07
Radicado	050013103 021 2015 00436 01
Temas	El contrato de arrendamiento de establecimiento de comercio. Cesión del contrato. Tacha de falsedad.
Decisión	Cumple lo resuelto por el HTSM Sala Civil.

Procede el Despacho a decidir nuevamente la apelación de la sentencia proferida por el **Juzgado Veintiuno Civil Municipal de Oralidad de Medellín**, interpuesta por el demandante, acorde con lo ordenado por el HTSM Sala Civil, en sentencia del 28 de noviembre de este año.

En la providencia de tutela mencionada, el Superior decidió acoger el amparo solicitado por los demandantes Álvaro Eduardo y Andrés Felipe Arenas Villegas, y en consecuencia ordenó emitir una nueva decisión de segunda instancia teniendo en cuenta lo dilucidado en su fallo de amparo.

Señaló el Tribunal que los actores **“En esta acción constitucional se cuestiona la sentencia proferida en segunda instancia por el Juzgado Octavo Civil del Circuito de Medellín el 19 de julio del 2022, en proceso radicado 050014003021 2015 00436 01, por presuntamente haber aplicado de forma equivocada el artículo 523 del C. de Comercio; no valorado las pruebas atinentes a la compraventa del local comercial por parte de los accionantes, la suscripción del «otro sí» por el arrendatario Fernando Enrique Rodríguez González la aceptación de la cesión del contrato de arrendamiento a partir las constancias de pago de la renta y las declaraciones de Roberto Esquenazi y Marcela Úsuga”.**

Anotó el Superior que la inteligencia que en este despacho se le dio al artículo 523 del código de comercio no fue infundada o apartada del ordenamiento jurídico, pues se explicó el alcance de la norma, anotando que *“esa normatividad no devenía aplicable dado que la cesión contractual aducida provenía del arrendador, no era consecuencia de la enajenación del establecimiento de comercio y, además, porque los contratantes decidieron de común acuerdo prohibir la cesión del*

contrato de arrendamiento”

“Quiere decir lo anterior, que todo lo relacionado con la cesión del contrato de arrendamiento como consecuencia de la enajenación del establecimiento de comercio por parte del arrendatario dueño del mismo, o cuando el arrendador es dueño del inmueble o local donde funciona el establecimiento, se rige por las normas en cita [artículo 523 del C. de Co.], de orden público y por tanto desconocibles por las partes; eventos en los cuales la cesión es válida tanto para el arrendador como para el arrendatario. En este caso, fue el arrendador ESQUENAZI quien “lo cedió” a los ahora demandantes, a través del documento denominado “OTRO SI”, VISIBLE A FOLIO05 de la demanda, lo que impone entonces examinar, en primer lugar, si LA CLAÚSULA SEPTIMA DEL CONTRATO que prohíbe la cesión tiene validez, eficacia. Para abordar el anterior problema jurídico, hay que recordar que la cesión de la que se habla en este proceso, es distinta a la prevista en el artículo 523 del código de comercio, en tanto, se repite, ésta se dio por documento privado, suscrito por el arrendador ESQUENAZI, los demandantes, y el señor ENRIQUE RODRÍGUEZ, no por la coarrendataria MARIA PILAR RODRIGUEZ ACOSTA, y en esos términos, tal cesión se rige por las normas que rigen esa materia en el código de comercio, esto es, por los artículos 4º, 887 y siguientes, así: Según el artículo 4º, “Las estipulaciones de los contratos válidamente celebrados preferirán a las normas legales supletivas y a las costumbres mercantiles”..

“Dispone el artículo “887: “En los contratos mercantiles de ejecución periódica o sucesiva cada una de las partes podrá hacerse sustituir por un tercero, en la totalidad o en parte de las relaciones derivadas del contrato, sin necesidad de aceptación expresa del contratante cedido, si por ley o por estipulación de las mismas partes no se ha prohibido o limitado dicha sustitución”. Es claro entonces que en este caso, EN LA CLÁUSULA SÉPTIMA del contrato de arrendamiento primigenio se prohibió tal cesión, lo que bien podían hacer los contratantes, de donde se colige que EL OTRO SÍ, que contiene esa cesión no tiene validez ni eficacia y por tanto, como bien lo coligió el A-Quo, no se cumplió por el demandante con la carga probatoria de acreditar la existencia y vigencia del contrato de arrendamiento que se dice hubo entre los actores y los accionados, lo que imponía la desestimación de las pretensiones; sin que sea de recibo la alegación del apelante en el sentido que dicha prohibición operaba sólo para el arrendatario, pues la norma es clara en indicar que se ha de estar a la voluntad de las partes, y en ese caso, fue su determinación prohibir la cesión, sin indicar que la misma operase solo para el arrendatario.

Lo dilucidado y encontrado como vulnerador de derechos fundamentales fue un defecto factico en su dimensión negativa, "... que «se produce cuando el juez omite o ignora la valoración de una prueba determinante o no decreta su práctica sin justificación alguna. Esta dimensión comprende las omisiones en la apreciación de pruebas determinantes para identificar la veracidad de los hechos analizados por el juez». Obsérvese lo que el juzgado demandado indicó como motivos de la apelación contra la sentencia proferida en primera instancia: (...) En primer lugar, se alega que el contrato sí estaba vigente, pues la cesión del mismo es válida; amén de que si bien es cierto la señora MARIA PILAR RODRIGUEZ ACOSTA no firmó el OTRO SÍ, su comportamiento contractual y negocial evidencia que conoció la cesión y que aceptó la misma de manera tácita, al enviar varios correos electrónicos a los demandantes refiriéndose al contrato y concretamente al incremento de canon. Al desarrollar los reparos, indica que el local fue adquirido por los demandantes por compra que le hicieron a Janeth ESQUENAZI por escritura pública 3879 de diciembre 15 de 2010 de la Notaría 17 de esta ciudad, en comunidad y proindiviso. Sea de acotar por este Despacho de segunda instancia que en el expediente no obra prueba de tal escritura pública de adquisición del bien"

Agregó el Tribunal que pese a lo anterior, "Sin embargo, echó de menos el juzgador de segunda instancia valorar dichas circunstancias de cara a los elementos de juicio obrantes en el expediente..

"Es que de la lectura al fallo de segundo grado se concluye que el funcionario decisor omitió apreciaren conjunto las pruebas, limitándose solo a expresar que el contrato de arrendamiento había perdido vigencia dada la cláusula séptima del mismo, en la que se prescribió«[s]e prohíbe la cesión o el subarriendo, parcial o total, del contrato de arrendamiento. La violación de esta obligación da lugar a la terminación del contrato de arrendamiento ipso facto sin merecerle ningún análisis el hecho de que uno de los contratantes arrendatario hubiese suscrito el documento denominado "otro sí" al contrato de arrendamiento. Igualmente, adujo que no había prueba de la compraventa del local comercial a favor de los accionantes, soslayando que a folio 27 del cuaderno principal milita la escritura pública 3.879 otorgada el 15 de diciembre de 2010 en la Notaría Diecisiete de Medellín, relativa a dicho acto jurídico; guardó silencio respecto a los correos electrónicos entre los contratantes, así como frente a las declaraciones de partes y terceros. En tal sentido, la omisión antedicha impidió que el juzgado analizara si

esos elementos de persuasión resultaban útiles para el buen suceso de las pretensiones, al tiempo que olvidó la regla instituida en el artículo 176 del CGP, a cuyo contenido «[l]as pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos. El juez expondrá siempre razonadamente el mérito que le asigne a cada prueba.». Nótese que una vez restó valor a la cesión del contrato (véase el apartado trasunto en la página nueve de este proveído), continuó expresando:

"Sea del caso indicar que tampoco se acreditó que los demandados(sic)hubieran adquirido el bien por compra a los señores ESQUENAZI, pues, aunque así se dice, no existe prueba de la escritura pública de adquisición a que se hace mención, siendo que tal cesión se avala en el "Otro sí" mencionado, lo cual, al no tratarse de la hipótesis prevista en el artículo 523 del código de comercio, estaba prohibida, para todos los contratantes, como bien lo decidió el juez de primera instancia".

"Recuérdese que el artículo 167 del C.G.P, pues si bien por virtud del principio de comunidad de la prueba, esta se adquiere para el proceso, pudiendo entonces beneficiar o perjudicar a cualquiera de las partes, va ínsito allí que es la parte que no cumplió la respectiva carga quien debe soportar las consecuencias adversas de que la respectiva prueba no llegue al plenario".

La amplia reseña anterior deja en claro el defecto encontrado por el Superior, como defecto fáctico probatorio, por lo cual la orden de tutela va encaminada a que se produzca nueva decisión analizando en conjunto los elementos de prueba que en su criterio fueron echados de menos y que hicieron que el actor no tuviera la oportunidad o posibilidad de acceder a un pronunciamiento jurisdiccional debidamente motivado que determinase el mérito del derecho reclamado.

Preliminarmente se deja expreso que esta decisión se emite por escrito, acatando las disposiciones del Decreto 806 de 2020 que en su artículo 14 consagra, que, de no decretarse pruebas, el trámite y decisión del recurso de apelación será por escrito; con la acotación que en la parte motiva de esta norma se establece que se aplica tanto por los procesos que venían en curso como para los expresamente cobijados por la vigencia del Decreto en mención; norma que fue acogida como legislación permanente por la ley 2213 de junio de 2022.

ANTECEDENTES

DE LA DEMANDA. SÍNTESIS.

Las pretensiones: se pidió al despacho de primera instancia, decretar la terminación del contrato de arrendamiento celebrado entre los señores ALVARO EDUARDO ARENAS VILLEGAS y ANDRES FELIPE ARENAS "por medio de otro sí" con los arrendatarios ENRIQUE RODRÍGUEZ GONZÁLEZ y MARIA DEL PILAR ACOSTA RODRÍGUEZ ACOSTA, con la consecuencial orden de que los demandados restituyeran el inmueble que ocupaban, descrito en el hecho segundo de la demanda, esto es el local 263 del Centro Comercial Almacentro.

Como causales para deprecar lo anterior, se anunció el cambio de destinación de la actividad comercial y el incumplimiento de las obligaciones previstas en el reglamento de propiedad horizontal a que está sometido el local 263 ubicado en el centro comercial Almacentro de esta ciudad.

Como anexo, se presentó el contrato de arrendamiento de local comercial suscrito entre los señores JANETH ESQUENAZI, cuyo apoderado general es el señor ROBERTO ESQUENAZI, y un "OTRO SÍ" a dicho contrato, de fecha enero 11 de 2011 que contiene la cesión que de dicho contrato hizo el arrendador a los ahora demandantes; documento firmado por el codemandado ENRIQUE RODRIGUEZ, pero no por la co-demandada MARIA PILAR RODRÍGUEZ ACOSTA.

ADMISION DE LA DEMANDA. LA CONTESTACION.

Cumpliendo lo decidido por este despacho en segunda instancia, procedió el A-Quo, a admitir el libelo, disponiendo los traslados de rigor a los accionados, quienes contestaron la demanda, así.

Se OPUSIERON a las pretensiones, y formularon las siguientes EXCEPCIONES: *inviabilidad o no validez de la cesión del contrato, la inaplicación de los numerales 2 t 3 del párrafo 2 del artículo 424 del cpc, al existir dudas sobre la vigencia del contrato de arrendamiento, cosa juzgada, incongruencia de las pretensiones con los hechos, ateniéndose a la cláusula séptima del contrato que prohíbe la cesión, improcedencia de ceder contrato intuito personae, pacto de no cesión y causal de terminación, no existir relación entre el documento denominado otro sí a folio 5 y el documento de arriendo a folios 2 a 4; cambio del canon de arriendo, falta de legitimación en la causa por pasiva, no existencia de cambio de destinación,*

prejudicialidad, perpetuatio jurisdictiones, hijos debidamente emancipados y la genérica.

PRONUNCIAMIENTO SOBRE LAS EXCEPCIONES: Los demandantes recorrieron el traslado de rigor, oponiéndose a la prosperidad de las mismas, destacando la validez de la cesión del contrato contenida en el "otro sí" ya mencionado, alegando que la prohibición de cesión opera sólo para el arrendatario.

LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Fue emitida en AUDIENCIA de Febrero 12 DE 2021 a través de la cual el despacho de primera instancia decidió: "*declarar probada la excepción de pérdida de vigencia del contrato objeto de terminación*"; desestimó las pretensiones, condenó al demandante en razón de haber prosperado una tacha de falsedad respecto de la firma de la señora MARIA PILAR RODRIGUEZ ACOSTA en el documento visible a folio 81, condenó en costas y fijó agencias en derecho; ordenó la devolución de los dineros consignados por los demandados en el proceso, los cuales se devolverían una vez en firme la sentencia de primer grado.

Para fundamentar su decisión, el A-Quo inició por definir el INCIDENTE DE TACHA DE FALSEDAD, y concluyó que el mismo salía avante, conforme a la experticia presentada por el perito JORGE ANDRÉS AMEZQUITA TORO, el cual fue acogido y determinaba que la firma de la señora MARIA PILAR RODRIGUEZ ACOSTA, FOLIO 81, no tenía correspondencia, que era falsa.

En esta materia, también acogió el directamente en cuanto que no prosperaba la tacha respecto de otros documentos impugnados, concretamente los visibles a folios 83, respecto de la firma del señor ENRIQUE RODRÍGUEZ, en tanto el perito no halló elementos suficientes para concluir en la tacha; absteniéndose el despacho de condenar al incidentista.

Seguidamente, se refirió al contrato de arrendamiento de local comercial, a sus elementos, a la cesión del mismo, y particularmente a la cesión prevista en el artículo 523 del código de comercio, para correlacionarla con la CLAUSULA SEPTIMA DEL CONTRATO en la que se convino que no se podía ceder el contrato, sin distinción de a quién cobijaba tal prohibición, por lo que, dijo el juez de primera instancia, operaba tanto para arrendador como para arrendatario.

Así las cosas, concluyó que si bien aparecía acreditado el contrato primigenio entre

los señores ESQUENAZI y los demandados; no estaban colmados los presupuestos de la acción de restitución, pues el contrato de arrendamiento no estaba vigente, y en sus términos, acogió la que se denominó "*pérdida de vigencia del contrato objeto de terminación*"; acotando que por lo anterior no se ocupaba del estudio de las causales de terminación alegada por la parte demandante, esto es, el cambio de destinación y el incumplimiento de normas de propiedad horizontal.

LA APELACIÓN.

la parte demandante interpuso en debida forma el recurso de apelación, presentando los reparos concretos en la audiencia y ampliando éstos en escrito dentro de los tres días siguientes, así:

En primer lugar, se alega que el contrato sí estaba vigente, pues la cesión del mismo es válida; amén de que si bien es cierto la señora MARIA PILAR RODRIGUEZ ACOSTA no firmó el OTRO SÍ, su comportamiento contractual y negocial evidencia que conoció la cesión y que aceptó la misma de manera tácita, al enviar varios correos electrónicos a los demandantes refiriéndose al contrato y concretamente al incremento de canon. Al desarrollar los reparos, indica que el local fue adquirido por los demandantes por compra que le hicieron a JANETH ESQUENAZI por escritura pública 3879 de diciembre 15 de 2010 de la Notaría 17 de esta ciudad, en comunidad y proindiviso.

Destaca el apelante que la prohibición de ceder el contrato opera solo para el arrendatario, pues así lo prevé el artículo 523 del código de comercio, donde además se estipula que la cesión es válida cuando es producto de la enajenación del establecimiento de comercio; amén de que sería una cláusula ineficaz por ir en contravía de lo dispuesto en el artículo 523 que es de imperativo acatamiento; citando en su apoyo la sentencia C-598 de 1996 de la H. Corte Constitucional. Se ocupó in extenso el apelante por elucidar el concepto y alcance del concepto "Otro Sí"; anotando además que existe vía de hecho en la decisión de primera instancia

Por lo anterior, solicitó ordenar la restitución pretendida y el pago de los cánones adeudados hasta la fecha de entrega del bien inmueble, con condena en costas a la parte demandada en favor del demandante.

CONSIDERACIONES

PROBLEMAS JURÍDICOS

De acuerdo con lo ordenado en sede de tutela; lo decidido por la *A quo*, teniendo en cuenta los reproches del apelante, considerando que conforme lo dispuesto en el artículo 328 del Código General del Proceso, el juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente frente a los argumentos expuestos por el apelante, los problemas jurídicos a resolver son:

1. ¿La parte demandante cumplió con su carga de acreditar la existencia del contrato de arrendamiento, VIGENTE, de establecimiento de comercio habido con los demandados?
2. ¿Está probado que los demandantes adquirieron el local por compra que le hicieron a JANETH ESQUENAZI por escritura pública 3879 de diciembre 15 de 2010 de la Notaría 17 de esta ciudad, en comunidad y proindiviso? ¿Cuál es la trascendencia de que se pruebe tal adquisición, frente a la prohibición de cesión?
3. ¿Qué trascendencia tiene que uno de los codemandados haya firmado el denominado "otro sí"?
4. Finalmente, realizado la valoración probatoria en conjunto, ¿cuál es la conclusión final respecto del mérito de las pretensiones?

Agotado el trámite correspondiente al recurso, es la oportunidad de resolverlo y a ello se procede con base en las siguientes,

CONSIDERACIONES

Del contrato de arrendamiento y su vigencia.

Acorde con lo establecido en el artículo 384 del CGP, es requisito de la demanda de restitución anexar *"prueba documental del contrato de arrendamiento suscrito por el arrendatario, o la confesión de éste hecha en interrogatorio de parte extraprocesal, o prueba testimonial siquiera sumaria"*.

Como se ha visto y lo consignó el A-Quo, no se discute que con la demanda se presentó el contrato de arrendamiento suscrito entre los señores ESQUENAZI y los codemandados ENRIQUE RODRÍGUEZ Y MARIA PILAR RODRIGUEZ ACOSTA, y en efecto así consta a folio 05 del expediente, cuaderno principal.

Ahora, lo discutido es si tal contrato se mantuvo vigente entre las partes, o si, como lo decidió el juez de primera instancia, el mismo "perdió vigencia".

La decisión de “pérdida de vigencia” se apoya en la no validez de la cesión del contrato por parte de los señores ESQUENAZI en favor de los ahora demandantes ALVARO Y ANDRÉS FELIPE, dado que conforme a la CLAUSULA SÉPTIMA DEL CONTRATO tal cesión estaba prohibida, sin que sea aplicable el artículo 523 del código de comercio que da viabilidad a tal cesión, pues, según el A-Quo, ello es viable pero si se trata de la enajenación del establecimiento del comercio y no del local comercial; aunado todo a la tacha de falsedad que prosperó.

Sobre lo anterior, valga recordar que conforme al citado artículo 523 del código de comercio: *“El arrendatario no podrá, sin la autorización expresa o tácita del arrendador, subarrendar totalmente los locales o inmuebles, ni darles, en forma que lesione los derechos del arrendador, una destinación distinta a la prevista en el contrato.*

El arrendatario podrá subarrendar hasta la mitad lo inmuebles, con la misma limitación.

La cesión del contrato será válida cuando la autorice el arrendador o sea consecuencia de la enajenación del respectivo establecimiento de comercio” (negrillas de este Juzgado)

Esta norma fue declarada exequible por la h. Corte Constitucional en sentencia **C-598 de 1996**, concretamente el inciso 3º que ahora se resalta, reconociendo los derechos de disposición tanto del arrendador dueño del bien o local donde funciona el establecimiento de comercio, como la calidad de dueño del arrendatario de dicho establecimiento, y en el entendido que el “local” o inmueble donde funciona el establecimiento hace parte del contrato de arrendamiento.

Dijo la Corte:

“Segunda. - Lo que se debate.

A juicio del demandante, el artículo 523 del Código de Comercio, al establecer la validez de la cesión del contrato de arrendamiento de locales comerciales, sin la autorización del arrendador, cuando ella es consecuencia de la enajenación del respectivo establecimiento de comercio, quebranta los artículos 13 y 58 de la Constitución. ¿Por qué? Porque quebranta la igualdad que debe existir entre arrendador y arrendatario, según la primera de las normas; y porque desconoce el derecho de propiedad, al darle validez a la cesión sin la autorización del arrendador.

Se examinarán, en consecuencia, estos argumentos.

Tercera. - Razón de ser de la norma demandada.

La norma acusada es consecuencia lógica del artículo 516 del Código de Comercio, que determina qué derechos y bienes forman parte de un establecimiento de comercio. Establece el artículo 516:

“Artículo 516.- Salvo estipulación en contrario se entiende que forman parte de un establecimiento de comercio:

- “1. La enseña o nombre comercial y las marcas de productos y de servicios.
- “2. Los derechos del empresario sobre las invenciones o creaciones industriales o artísticas, que se utilicen en las actividades del establecimiento;
- “3. Las mercancías en almacén o en proceso de elaboración, los créditos y los demás valores similares;
- “4. El mobiliario y las instalaciones;
- “5. Los contratos de arrendamiento y, en caso de enajenación, el derecho al arrendamiento de los locales en que funciona si son de propiedad del empresario, y las indemnizaciones que, conforme a la ley, tenga el arrendatario;
- “6. El derecho a impedir la desviación de la clientela y a la protección de la fama comercial; y;
- “7. Los derechos y obligaciones mercantiles derivados de las actividades propias del establecimiento, siempre que no provengan de contratos celebrados exclusivamente en consideración al titular de dicho establecimiento”.

Si los contratos de arrendamiento forman parte de los establecimientos de comercio, es apenas lógico que la enajenación de éstos incluya aquéllos, como lo dispone la parte final del inciso tercero del artículo 523, ahora demandada.

El artículo 516, transcrito, determina a qué elementos, “salvo estipulación en contrario”, se extiende el derecho de propiedad que se ejerce sobre un establecimiento de comercio. Lo que hace esta norma no es nada diferente a reglamentar el derecho de propiedad sobre los establecimientos de comercio, reglamentación que permite establecer las facultades del propietario.

De ahí que el artículo 523 prevea que la enajenación del establecimiento implique la cesión del contrato de arrendamiento. Al respecto ha escrito el profesor César Gómez Estrada:

“Contempla el mismo inciso final del artículo 523 otra hipótesis de validez de la cesión del contrato de arrendamiento de un local comercial, y es aquella en que tal cesión se produce como consecuencia automática de la enajenación del establecimiento mercantil organizado en el local arrendado. La hipótesis, que prescinde en absoluto de toda consideración relativa a la voluntad del arrendador, tiene un fundamento lógico innegable, en todo caso superior al que pudiera aducirse para exigir la conformidad del arrendador: en efecto, dentro de la concepción que del establecimiento de comercio adopta el C. de C., el contrato de arrendamiento del local donde el establecimiento funciona constituye, como ya se hizo ver más arriba, un bien autónomo integrante del conjunto de bienes que conforman el establecimiento mismo, según perentoriamente lo prescribe el artículo 516, numeral quinto. Es claro, entonces, que la enajenación del establecimiento implica la de todo lo que lo constituye, y, por consiguiente, del contrato de arrendamiento del local, que muchas veces será el bien más importante entre los componentes de aquel”. (De los principales contratos civiles”, segunda Edición, Eds. Librería del Profesional, Bogotá, 1987).

Explicada así la razón de ser de la norma demandada, es oportuno ahora analizar los cargos de la demanda.
(...)

“Cuarta. - Por qué la norma demandada no quebranta los artículos 13 y 58 de la Constitución.

No resulta acertado sostener que la norma acusada quebranta el principio de igualdad consagrado por el artículo 13 de la Constitución, sencillamente porque el arrendador y el arrendatario están en situaciones diferentes, de conformidad con el mismo contrato de arrendamiento. El contrato hace surgir derechos diversos para el uno y el otro, así exista entre ellos, en principio, un equilibrio económico.

Y si el arrendatario, y dueño a la vez del establecimiento de comercio, puede, al enajenar éste, ceder el contrato de arrendamiento sin el consentimiento del arrendador, éste, a su vez, cuando es dueño, puede enajenar el inmueble, cediendo así el contrato sin la autorización del arrendatario.

Lo que la ley permite al dueño del establecimiento de comercio que es a la vez arrendatario, y al arrendador que es dueño del inmueble, está determinado por la diferente situación de uno y otro de acuerdo con el contrato de arrendamiento. El dueño del establecimiento de comercio puede disponer de éste; el dueño del inmueble también puede disponer de éste.

Ahora, aunado a lo anterior, ha de tenerse en cuenta que conforme al artículo 524 del citado código, “Contra las normas previstas en los artículos 518 a 523, inclusive, de este Capítulo, no producirá efectos ninguna estipulación de las partes”.

Quiere decir lo anterior, que todo lo relacionado con la cesión del contrato de arrendamiento como consecuencia de la enajenación del establecimiento de comercio por parte del arrendatario dueño del mismo, o cuando el arrendador es dueño del inmueble o local donde funciona el establecimiento, se rige por las normas en cita, de orden público y por tanto de imperativo acatamiento por las partes.

El “otro sí” y la “cláusula séptima del contrato”.

En este caso, fue el arrendador ESQUENAZI quien “lo cedió” a los ahora demandantes, a través del documento denominado “OTRO SI”, VISIBLE A FOLIO 05 de la demanda, lo que impone entonces examinar, en primer lugar, si LA CLAÚSULA SEPTIMA DEL CONTRATO que prohíbe la cesión tiene validez, eficacia.

Para abordar el anterior problema jurídico, hay que recordar que la cesión de la que se habla, es distinta a la prevista en el artículo 523 del código de comercio, en tanto, se repite, ésta se dio por documento privado, suscrito por el arrendador

ESQUENAZI, los demandantes, y el señor ENRIQUE RODRÍGUEZ, no por la coarrendataria MARIA PILAR RODRIGUEZ ACOSTA, y en esos términos, tal cesión se rige por las normas que rigen esa materia en el código de comercio, esto es, por los artículos 4º, 887 y siguientes, así:

Según el artículo 4º, "Las estipulaciones de los contratos válidamente celebrados preferirán a las normas legales supletivas y a las costumbres mercantiles".

Dispone el artículo 887: "En los contratos mercantiles de ejecución periódica o sucesiva cada una de las partes podrá hacerse sustituir por un tercero, en la totalidad o en parte de las relaciones derivadas del contrato, sin necesidad de aceptación expresa del contratante cedido, si por ley o por estipulación de las mismas partes no se ha prohibido o limitado dicha sustitución".

Es claro entonces que en este caso, EN LA CLÁUSULA SÉPTIMA del contrato de arrendamiento primigenio se prohibió tal cesión, lo que bien podían hacer los contratantes, de donde se colige que EL OTRO SÍ, que contiene esa cesión no tiene validez ni eficacia y por tanto, como bien lo coligió el A-Quo, no cumplió el demandante con la carga probatoria de acreditar la existencia y vigencia del contrato de arrendamiento que se dice hubo entre los actores y los accionados, lo que imponía la desestimación de las pretensiones; sin que sea de recibo la alegación del apelante en el sentido que dicha prohibición operaba sólo para el arrendatario, pues la norma es clara en indicar que se ha de estar a la voluntad de las partes, y en ese caso, fue su determinación prohibir la cesión, sin indicar que la misma operase solo para el arrendatario.

La carga de la prueba y la afirmada adquisición del bien por escritura pública:

Reexaminado el asunto, y aunque se acreditó que los demandados adquirieron el bien, en común y proindiviso, por compra a los señores ESQUENAZI, pues, a folio 27 del cuaderno principal sí existe prueba de la escritura pública de adquisición a que se hace mención, siendo que tal cesión se avala en el "Otro sí" mencionado, lo cual, al no tratarse de la hipótesis prevista en el artículo 523 del código de comercio, estaba prohibida, para todos los contratantes, como bien lo decidió el juez de primera instancia.

Entonces, y cumpliendo con lo ordenado por el HTSM en sede de tutela, es lo cierto, y se reitera, que este denominado "Otros sí" no tiene trascendencia en este caso, dado que la cesión como tal estaba prohibida para todos los contratantes.

Recuérdese el principio de la carga de la prueba establecida en el artículo 167 del C.G.P, pues si bien por virtud del principio de comunidad de la prueba, esta se adquiere para el proceso, pudiendo entonces beneficiar o perjudicar a cualquiera de las partes, va ínsito allí que es la parte que no cumplió la respectiva carga quien debe soportar las consecuencias adversas de que la respectiva prueba no llegue al plenario. Sobre el particular viene al caso el siguiente pasaje doctrinal:

"no se trata de fijar quien debe llevar la prueba, sino quien asume el riesgo de que falte. (...) la carga de la prueba no significa que la parte sobre quien recae deba ser necesariamente quien presente o solicite la prueba del hecho que constituye su objeto, porque en virtud del principio de la comunidad de la prueba, ésta surte todos sus efectos quienquiera que la haya suministrado o pedido, e inclusive si proviene de actividad oficiosa del juez. Por consiguiente, si el adversario o el juez llevan la prueba del hecho, queda satisfecha a cabalidad la carga, exactamente como si la parte gravada con ella la hubiera suministrado. Al juez le basta para decidir en el fondo, sin recurrir a la regla de juicio contenida en la carga de la prueba, que en el proceso aparezca la prueba suficiente para su convicción, no importa de quién provenga. En consecuencia, no es correcto decir que la parte gravada con la carga debe suministrar la prueba o que a ella le corresponde llevarla; es mejor decir que a esa parte le corresponde el interés en que tal hecho resulte probado o en evitar que se quede sin prueba y, por consiguiente, el riesgo de que falte"¹.

CONCLUSIÓN PROBATORIA. Realizada una valoración probatoria en conjunto, como fue ordenado, se llega a colegir que la apelación no tiene vocación de prosperidad y que lo que se impone es la confirmación de la sentencia de primera instancia, pues como se ha dicho, el contrato de arrendamiento perdió vigencia al estar prohibida la cesión, sin que el afirmado "otro sí" tenga la aptitud legal para derruir tal prohibición; como tampoco la tiene la escritura pública 3.879 otorgada el 15 de diciembre de 2010 en la Notaría Diecisiete de Medellín de la compraventa del local comercial a favor de los accionantes, que se dice visible a folio 27 del cuaderno principal, relativa a dicho acto jurídico por medio de la cual se dice que los demandantes adquirieron, en tanto, se repite, la cesión estaba prohibida contractualmente. Recuérdese que el contrato inicial dada de agosto 23 de 2002, y la cesión a través de "otro sí" es de enero de 2011.

¹ Devis Echandía, Hernando. Teoría general de la prueba judicial. Tomo I, pág. 484

Es que, si demandantes a pesar del haber adquirido el bien, establecimiento de comercio, al proceso no allegaron tal escritura pública como título o base de la restitución, sino que aportaron el tantas veces mencionado "otro sí", que, como se dijo, no deja sin efecto la prohibición convenida. Véase que, aunque así fuera, que los arrendadores hubiesen vendido el establecimiento de comercio y esto incluyera el contrato de arrendamiento, la prohibición persistiría en los términos pactados, tal y como se dijo en primera y segunda instancia.

Como anexo, se presentó el contrato de arrendamiento de local comercial suscrito entre los señores JANETH ESQUENAZI, cuyo apoderado general es el señor ROBERTO ESQUENAZI, y un "OTRO SÍ" a dicho contrato, de fecha enero 11 de 2011 que contiene la cesión que de dicho contrato hizo el arrendador a los ahora demandantes; documento firmado por el codemandado ENRIQUE RODRIGUEZ, pero no por la co-demandada MARIA PILAR RODRÍGUEZ ACOSTA.

Finalmente, lo dicho sirve de sustento para decir que los correos electrónicos habidos entre las partes, que a juicio del apelante y ahora tutelante evidencian la aceptación de la cesión por parte de los demandados, tampoco son prueba apta y suficiente para avalar el que se revoque la decisión de primera instancia, dado que, se reitera, la cesión estaba prohibida. Todo lo anterior lleva a que, nuevamente y cumpliendo con lo ordenado por el Superior, se desestime la apelación y se confirme la sentencia de primera instancia.

Costas.

De conformidad con el artículo 365 numeral 3 del CGP. Las agencias en derecho serán fijadas en auto aparte. Las costas y las agencias en derecho que se fijen serán liquidadas de manera conjunta en el Despacho de primera instancia, al tenor de lo establecido en el artículo 366 del CGP.

DECISIÓN

En razón de lo expuesto, el **JUZGADO OCTAVO CIVIL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: Se desestima el recurso de apelación y se CONFIRMA la sentencia emitida en AUDIENCIA de Febrero 12 DE 2021 a través de la cual el despacho de primera instancia decidió: *"declarar probada la excepción de pérdida de vigencia*

del contrato objeto de terminación"; desestimó las pretensiones, condenó al demandante en razón de haber prosperado una tacha de falsedad respecto de la firma de la señora MARIA PILAR RODRIGUEZ ACOSTA en el documento visible a folio 81, condenó en costas y fijó agencias en derecho; ordenó la devolución de los dineros consignados por los demandados en el proceso, los cuales se devolverían una vez en firme la sentencia de primer grado.

SEGUNDO: Se condena en costas a los demandantes. Las agencias en derecho serán fijadas en auto aparte. Las costas y las agencias en derecho que se fijen serán liquidadas de manera conjunta en el Despacho de primera instancia.

TERCERO: Ejecutoriada esta decisión, devuélvase el expediente al despacho de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



CARLOS ARTURO GUERRA HIGUITA
JUEZ

Firma escaneada conforme al artículo 11 del Decreto 491 de 2020 del Ministerio de Justicia y del Derecho)