Señor(es).

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BARRANQUILLA.

SALA SEGUNDA DE DECISIÓN CIVIL – FAMILIA.

Mg. ALFREDO DE JESUS CASTILLA TORRES.

E. S. D.

ASUNTO: SUSTENTACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN PRESENTADO EN CONTRA LA SENTENCIA DEL 12 DE AGOSTO DE 2022.

PROCESO: VERBAL DE RESTITUCIÓN DE TENENCIA.

DEMANDANTE: BANCO DAVIVIENDA S.A. NIT 860.034.313-7.

DEMANDADO: FRANCISCO JAVIER GARCÍA DAZA CC 8.709.857.

RADICACIÓN: 08001315301220210008500.

RADICACIÓN DEL TRIBUNAL: 08001315301220210008501.

RADICADO INTERNO: 44271.

DIONISIO DAVID BARRIOS MOGOLLÓN, identificado con C.C. No.1.045.708.988 y portador de la Tarjeta Profesional No. 277.991 expedida por el Consejo Superior de la Judicatura, quien recibe notificaciones en el correo electrónico dionisiodavid@hotmail.com , registrado en el Sistema Nacional de Abogados, actuando en calidad de apoderado especial del Sr. **FRANCISCO JAVIER GARCÍA DAZA**, mayor de edad, vecino de esta ciudad, identificado con la cédula de ciudadanía No. 8.709.857; de manera respetuosa, me permito presentar la sustentación del recurso de apelación, presentado en contra la sentencia del 12 de agosto de 2022, de acuerdo a lo siguiente:

1. **Inaplicabilidad de las normas que regulan el contrato de arrendamiento.**

Como se argumentó en los reparos, el Despacho de instancia inicia la sustentación de la Sentencia, en primer lugar, estableciendo o aplicando normas que no regulan en ningún sentido la materia referente al contrato de leasing, realizando una violación flagrante al derecho aplicable y especialmente a lo dispuesto en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, mas específicamente en Sentencia T-734 del año 2013

"*Sin embargo, no resulta aceptable, que dicha aplicación analógica de la norma procesal, se haga incluso respecto de aquél aparte normativo que restringe o limita el ejercicio de los derechos de defensa y debido proceso, Tal y como sucede en el caso que nos ocupa, en el que si bien el contrato de leasing inmobiliario plantea algunas similitudes con el contrato de arrendamiento de inmueble por nutrirse de algunas características de éste, ello no permite*

que pueda asimilarse en su integridad a éste último pues contiene otras características jurídicas muy distintas, propias de otros contratos típicos o propias a él."

Ahora bien, en el presente caso por vía de excepción se atacó la falta de elementos esenciales para el surgimiento del contrato de leasing, específicamente la nula opción de compra, que ha sido considerada por la jurisprudencia y doctrina como un elemento esencial, que se encuentra definido como UN VALOR RESIDUAL, sin realizar este Juzgado pronunciamiento alguno sobre este tópico, y siendo aún más grave, llega a la conclusión de la existencia del contrato por la aplicación de normas y requisitos esenciales, que regulan otro tipo de contrato como lo es el arrendamiento.

Este tópico ha sido ampliamente tratado por parte de la doctrina, los ha referido así:

Luis Gonzalo Baena Cárdenas, "El leasing habitacional: instrumento para financiar la adquisición de vivienda", Segunda Edición, Universidad Externado de Colombia, 2006, pag 100 y 101:

"***C. La opción de adquisición***

En el derecho colombiano la opción constituye un elemento esencial del leasing financiero, merced a la cual la empresa de leasing se obliga a transferirle al cliente usuario la propiedad del bien objeto del negocio, al vencimiento del termino estipulado para la duración del mismo, previo el pago del denominado precio residual.

De esta suerte, como quiera que el leasing es un negocio jurídico de tracto sucesivo, el ejercicio de la opción debe hacerse al final del periodo, pues lo contrario, esto es, su ejercicio anticipado, ineluctablemente conduciría a que el negocio leasing habitacional degenere en otro negocio distinto por virtud o con ocasión del desconocimiento de uno de sus elementos esenciales.

Con todo, el artículo 9.° del Decreto 1787 de 2004 señala que "las partes podrán acordar el ejercicio de la opción de adquisición anticipadamente, en cuyo caso deberán estipular en el contrato las condiciones a que estará sujeto dicho ejercicio.

Esta previsión legal abre la puerta para que en la práctica, bajo el ropaje propio del leasing habitacional, se escondan en realidad toda suerte de contratos de compraventa a plazos, lo que constituiría –sin lugar a duda- un lamentable desvío conceptual y funcional en la práctica de este género de negocios."[1]

José Alejandro Bonivento Fernández, LOS PRINCIPALES CONTRATOS CIVILES Y COMERCIALES, Tomo II, octava edición, Ediciones del Profesional Ltda, 2009, pag 424:

"***3. Respetar la opción de compra***

Terminado el uso, y con la facultad del locatario de adquirir el dominio de la cosa, por virtud de la opción, parte importante del negocio se entiende el deber de respetar esta parte del contrato. Más aún: si el arrendatario opta por la compra del bien, la obligación de hacer, ínsita en el negocio, alcanza su real dimensión por cuento el locador deberá cumplir con ese compromiso, con el derecho de percibir la suma residual convenida. Si desatiende el compromiso, el acreedor

[1] Luis Gonzalo Baena Cárdenas, "El leasing habitacional: instrumento para financiar la adquisición de vivienda", Segunda Edición, Universidad Externado de Colombia, 2006, pag 100 y 101.

del derecho, el locatario, puede exigirlo por vía judicial mediante el proceso de ejecución y en procura del cumplimiento de dicha prestación."

"*Todas las definiciones transcritas consideran la opción de compra ejercida al final del contrato como un elemento esencial del contrato de leasing o como de sus características fundamentales o diferencia específica, de suerte que sin este elemento no se conforma el citado contrato. Lo que es especial en este caso es la necesidad de una opción de compra, pero ejercitable al momento dado: al final del arrendamiento y no antes. Es, por tanto, un elemento esencial complejo, compuesto por un derecho o prerrogativa otorgado al arrendatario y por un factor temporal, esto es, la época en la que ese derecho puede ser ejercido.*

Dicho elemento esencial complejo no suele ser característica de otros contratos, en los que, usualmente, no juega papel preponderante el momento en que se ejercitan los derechos. Pero en el leasing es un aspecto determinante para el nacimiento de este contrato y para que se mantenga como tal hasta el final, pues, como veremos, el ejercicio prematuro de la opción de compra trueca inmediatamente este contrato en otro."

No obstante, tambien la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en Sentencia del 13 de diciembre de 2002 con Magistrado Ponente el Dr. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, lo estableció así:

"*una sociedad autorizada -por la ley- para celebrar ese tipo de operaciones, primigeniamente le concede a otro la tenencia de un determinado bien corporal -mueble o inmueble, no consumible, ni fungible, lato sensu, necesariamente productivo-, por cuyo uso y disfrute la entidad contratante recibe un precio pagadero por instalamentos, que sirve, además, al confesado propósito de amortizar la inversión en su momento realizada por ella para la adquisición del respectivo bien, con la particularidad de que al vencimiento del término de duración del contrato, el tomador o usuario, en principio obligado a restituir la cosa, podrá adquirir, in actus, la propiedad de la misma,* ***previo desembolso de una suma preestablecida de dinero, inferior -por supuesto- a su costo comercial (valor residual)****, sin perjuicio de la posibilidad de renovar, in futuro, el contrato pertinente, en caso de que así lo acuerden las partes.*"

2. **<u>Falta de análisis de fondo de todas las nulidades solicitadas como excepciones.</u>**

Tampoco es correcto el argumento con el cual se rechazan las nulidades propuestas, atendiendo en primer lugar que solo se pronunció sobre uno de los tópicos expuestos con fundamento de las nulidades solicitadas.

En el escrito de excepciones, claramente se establecieron los siguientes artículos del Código Civil como sustento de la inconformidad:

ARTICULO 1510. <ERROR DE HECHO SOBRE LA ESPECIE DEL ACTO O EL OBJETO>. El error <u>de hecho</u> vicia el consentimiento cuando recae sobre la especie de acto o contrato que se ejecuta o celebra, como si una de las partes entendiese empréstito y la otra donación; o sobre la identidad de la cosa específica de que se

trata, como si en el contrato de venta el vendedor entendiese vender cierta cosa determinada, y el comprador entendiese comprar otra.

ARTICULO 1519. <OBJETO ILICITO>. Hay un objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público de la nación. Así, la promesa de someterse en la república a una jurisdicción no reconocida por las leyes de ella, es nula por el vicio del objeto.

ARTICULO 1740. <CONCEPTO Y CLASES DE NULIDAD>. Es nulo todo acto o contrato a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato según su especie y la calidad o estado de las partes.
La nulidad puede ser absoluta o relativa.

En el Proceso si se acreditó que el Contrato de Leasing NO CONTABA CON TODOS LOS ELEMENTOS ESENCIALES para el nacimiento a la vida jurídica, según la Corte Suprema de Justicia, el contrato de leasing debe contener los siguientes elementos "*una sociedad autorizada -por la ley- para celebrar ese tipo de operaciones, primigeniamente le concede a otro la tenencia de un determinado bien corporal -mueble o inmueble, no consumible, ni fungible, lato sensu, necesariamente productivo-, por cuyo uso y disfrute la entidad contratante recibe un precio pagadero por instalamentos, que sirve, además, al confesado propósito de amortizar la inversión en su momento realizada por ella para la adquisición del respectivo bien, con la particularidad de que al vencimiento del término de duración del contrato, el tomador o usuario, en principio obligado a restituir la cosa, podrá adquirir, in actus, la propiedad de la misma,* ***previo desembolso de una suma preestablecida de dinero, inferior -por supuesto- a su costo comercial (valor residual)****, sin perjuicio de la posibilidad de renovar, in futuro, el contrato pertinente, en caso de que así lo acuerden las partes.*"[2]

Ahora bien, tampoco es cierto que la nulidad no pueda ser advertida o propuesta por vía de excepción, es tan clara la posibilidad de hacerlo, que el mismo Código General del Proceso, lo propone como una excepción que el demandado debe plantear para que el Juez pueda reconocerla.

Carece la providencia a su vez, del análisis del cumplimiento o no con los elementos esenciales del contrato (como se explicó anteriormente), sobre lo cual, en Sentencia SC1905-2019, con radicación n° 11001-31-03-041-2011-00271-01, del 4 de junio de 2019, Mg Ponente Margarita Cabello Blanco:

---

[2] Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en Sentencia del 13 de diciembre de 2002 con Magistrado Ponente el Dr. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo

"3.1.3. Ha sido motivo de constante controversia lo referido a los elementos estructurales del negocio Jurídico. La teoría tradicional, refiere tres tipos: (i) los esenciales o necesarios, porque deben integrar dicho negocio que deben aparecer para que se considere valido y eficaz y su ausencia excluye la existencia del negocio, de suerte que operan como auténticos requisitos del acto, (ii) naturales, que corresponde a condiciones, circunstancias, datos o características del negocio derivadas de las normas dispositivas que funcionan en defecto de pacto en contrario entre las partes, sin necesidad de cláusulas especiales, Por lo que pueden constar o ser suprimidos por la voluntad de estos, Sin que se afecte el acto; (iii) incidentales, porque sin ser esenciales o naturales solo existen cuando las partes los determinan y agregan expresamente al convenio.

Dentro delos requisitos esenciales están los que se denominan esenciales comunes y esenciales especiales o específicos. Los comunes corresponden a exigencias que deben estar presente en todos los actos jurídicos, siendo ellos el consentimiento, Objeto, causa y forma; los especiales son los propios y característicos del acto jurídico determinado que imperativamente deben concurrir para su eficacia y validez."

En su defecto, si el Juez consideraba que estos argumentos no podían ser propuestos por la vía de la excepción de nulidad, debía por lo menos hacer un estudio del mismo, análisis del cual carece la sentencia.

Acreditación de la cesión del Contrato Leasing el No. 06002027900095512.

Afirma el Despacho, que supuestamente no existe prueba de la cesión del contrato Leasing el No. 06002027900095512, inicialmente firmado por la Sra. Fabiola Martínez, erróneamente manifiesta que la promesa no constituye un contrato y luego desatinadamente se expresa que no existe prueba alguna de la materialización de la cesión, ni de la aceptación por parte de DAVIVIENDA S.A.

No obstante en el expediente reposa documento denominado "NOTA DE CESION", suscrito entre Fabiola Martínez García y FRANCISCO JAVIER GARCIA DAZA, documento que fue aportado con la demanda inicial y se encuentra visible a folio 14 del archivo "03ContratoEscritura.pdf" del Expediente Digital, además en el escrito que descorre traslado de las excepciones la demandada confiesa que existió una SUBROGACIÓN de la obligación, siendo inexplicable que no encuentre demostración de la existencia del leasing que fue cedido inicialmente.

3. **Improcedencia de la conclusión para dar por iniciado el plazo del contrato.**

En lo que respecta a la iniciación del plazo del contrato, en el mismo se establece un documento que hace PARTE INTEGRAL DEL CONTRATO, es decir, es un elemento que constituye el mismo, refiriéndose al Acta de Entrega, donde debe constar que BANCO DAVIVIENDA S.A., realizó la entrega del inmueble, a pesar que la misma no ha sido aportada, la Juez decide dar por terminado un contrato que reconoce ha sido aportado de forma incompleta.

Además, pretende sustituir el elemento integrador del contrato, con supuesta prueba de confesión del demandado quien en virtud de una relación negocial (cesión de contrato) obviamente ha tenido acceso al bien objeto de contrato, pero en ningún momento ha suscrito el documento idóneo para iniciar el computo del plazo establecido en el Leasing.

4. <u>Deber de reconocimiento de la compensación.</u>

Sobre las compensaciones solicitadas, en primer lugar no es cierto que las mismas no puedan ser reconocidas por medio de este proceso, ya que un medio exceptivo establecido en la norma procesal, es precisamente la compensación, con el escrito de excepciones se aportó sentencia de la Corte Suprema de Justicia que en tal sentido avaló y ordenó la restitución de un canon inicial, en Sentencia STC13901-2015 del 8 de octubre de 2015, Magistrado Ponente FERNANDO GIRALDO GUTIÉRREZ y Radicación nº. 11001-02-03-000-2015-02314-00

"Frente a tal preámbulo, analizó el convenio al que llegaron María Eugenia y leasing Bolívar S.A., del que dijo, tiene una particularidad, en la que precisamente se centra el disenso, y es la estipulación de un canon extraordinario, que previo a la celebración del acto, canceló la locataria, en suma equivalente a cincuenta y nueve millones seiscientos sesenta mil doscientos pesos ($ 59.660.200), tal como se dejó anotado en la parte introductoria del pacto, en el que se señaló que <<(…) el locatario efectuó el pago de un canon extraordinario con anterioridad a la fecha de este contrato por valor de: $ 59.660.200>>.
"Luego de explicar que acorde con la modalidad del contrato celebrado -leasing financiero-, lo usual es que la sociedad obtenga ante un proveedor el bien indicado específicamente por el cliente, para luego ser entregado a título de tenencia, persistiendo en favor de éste la opción de compra cuando finalice el acuerdo, precisó, atendiendo al clausulado del documento y en especial lo referente al pago del <<canon extraordinario>> proveniente del locatario, que la demandante no pagó el cien por ciento (100 %) del valor del bien.

Dicho de otro modo, que

(…) su inversión no ascendió a la totalidad del precio del artículo comprado, sino que dicha adquisición también fue suplida por la demandada, aportando para ello $ 59.660.200, cuando de conformidad a la mecánica negocial que surge en este tipo de convenios, es que la Leasing, contribuya en el pago total del bien.
Y bajo la premisa que el estudiado es un <<contrato atípico>>, no reglamentado de manera rigurosa por la ley, lo racional era acudir a la declaración de voluntad de los contratantes y a los principios generales que el sistema jurídico tiene previstos, aplicables en la materia.

En esa área, concretamente respecto de la devolución del valor del canon extraordinario por parte de la Leasing a la usuaria Mora Garzón, expuso

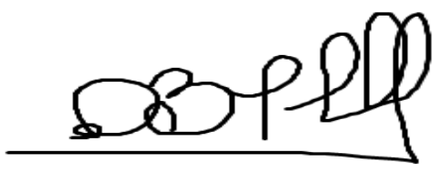
(…) es perfectamente viable que se disponga la restitución de esa suma, en tanto que por cuya equivalencia, se pagó parte del bien, del cual pasó a ser propietaria la accionante. Y como quiera que fue el legatario quien dispuso de parte del precio, para adquirir el bien, suma que en gracia de discusión, bien pudo haberse consignado en la cuenta bancaria de la demandante, o directamente al proveedor, lo cierto de todo es que en la última de las hipótesis, esto es, que el legatario haya pagado la suma en disputa al enajenante, ha de entenderse que no lo hizo a nombre propio, sino por autorización y en nombre de la leasing, tal como fue acordado en la cláusula trigésima del contrato, cuando señala <<El (los) locatario(s) pagó un canon extraordinario por el valor indicado en la sección 1 de este contrato. Dicho pago lo efectuó al proveedor y/o a la Leasing debidamente autorizado y en nombre de ésta. En consecuencia, el (los) bien (es) es de la Leasing en su totalidad>>, lo que significa, que si bien los $ 59.660.200 no fueron recibidos por la compañía Leasing, de manos de Mora Garzón, y por el contrario, fueron cancelados al vendedor del bien, como lo arguye la impugnante, dichos dineros, a la postre, si fueron tenidos en cuenta como si hubieran provenido de la Compañía Leasing a la hora de adquirir ésta el vehículo, de cierta manera se atribuyó la propiedad de ellos; pero por este hecho no puede desconocerse que mediante cláusula tercera los contratantes convinieron, que el objeto del contrato consistía en que <<la Leasing entrega a el (los) locatario (s) la mera tenencia de los bienes que se describen en la sección nº 1…>>, Así mismo dejaron concertado que <<los bienes cuya tenencia se entrega a el (los) locatario (s) en este contrato son de propiedad de La Leasing, por haberlos comprado al proveedor relacionado en la sección nº 1. Concluyó de lo anterior, que si por obvias razones la usuaria no hizo uso de la opción de compra, debiendo restituir la cosa, como participó económicamente en su adquisición, merece ser equilibrada a la terminación del negocio y, en ese entendido, si el bien retorna a la Leasing, lo equitativo es que la locataria recobre su inversión.
En la forma que quedó expuesto, la resolución que se enuncia como contraria a las prerrogativas de la accionante no se advierte carente de sustento, pues, el Tribunal analizó el tópico del <<canon extraordinario>> a la luz de los medios de convicción, específicamente del contrato celebrado entre las partes, el cual es ley entre ellas, y extrajo una interpretación

que por lo razonada y fundamentada no puede ser objeto de reproche por parte del juez constitucional, habida cuenta que la intervención de este sólo se posibilita en los eventos de manifiesto capricho o arbitrariedad.

A pesar de lo anterior el Despacho consideró no ser esta la etapa para reclamar el valor a rembolsar, siendo claro que lo mismo era totalmente procedente y en tal sentido se solicitó la compensación por la devolución del canon inicial y por la liquidación del leasing demandado, así como la del contrato que si se acreditó fue cedido anteriormente.

De la anterior manera, doy cumplimiento a la presentación de los reparos contra la providencia dictada en audiencia por este Juzgado, reservándome el derecho de ampliar los mismos ante el honorable Tribunal Superior del Distrito de Barranquilla, una vez, sea admitido el correspondiente recurso de apelación.

Cordialmente, del Señor Juez,



DIONISIO DAVID BARRIOS MOGOLLÓN.
C.C. No.1.045.708.988.
T.P. No. 277.991 del C.S.J.