

(El derecho de renovación en el arrendamiento mercantil, a la luz del análisis hobbeldiano)

La publicación de un alegato jurídico en una revista estrictamente académica como "Estudios de Derecho", solo puede justificarse si el contenido académico del mismo, y no es frecuente que estas cosas se lesa

**ALEGATO PARA SUSTENTAR UN
RECURSO DE APELACION**

El que a continuación se presenta es un alegato en doble interés: 1. Se hace en el uso del análisis hobbeldiano, muy conocido en los Estados Unidos, y 2. Muestra cómo las elaboraciones hobbeldianas que se han hecho por los prácticos no sólo son muy buenas, sino que también sirven de estímulo.

**TRIBUNAL SUPERIOR
DE MEDELLIN**

Aunque el empleo del análisis hobbeldiano no está circunscrito a la segunda parte del alegato, hemos decidido publicarlo completo pues sólo de ese modo puede el lector formarse una idea cabal del asunto y juzgar si el análisis se ha cumplido, o no, de modo correcto, y si su aplicación resulta fecunda.

Carlos Gaviria Díaz

(El derecho de renovación en el arrendamiento
mercantil, a la luz del análisis hohfeldiano)

La publicación de un alegato jurídico en una revista estrictamente académica como "Estudios de Derecho", sólo puede justificarla el contenido académico del mismo, y no es frecuente que estas piezas lo tengan ya que su función es otra.

El que a continuación se inserta tiene a nuestro juicio, un doble interés: 1. Se hace en él uso del análisis hohfeldiano, muy conocido en los Estados Unidos pero casi ignorado entre nosotros y 2. Muestra cómo las elaboraciones teóricas, tan desdeñadas por los prácticos, no sólo son instrumentos del conocimiento sino también armas de combate.

Aunque el empleo del análisis hohfeldiano está circunscrito a la segunda parte del alegato, hemos decidido publicarlo completo pues sólo de ese modo puede el lector formarse una idea cabal del asunto y juzgar si el análisis se ha cumplido, o no, de modo correcto, y si su aplicación resulta fecunda.

Carlos Gaviria Díaz

Honorables Magistrados

TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLIN

Sala Civil

E. S. D.

Ref.: Juicio de Lanzamiento.

Demandantes: Hospital de San Vicente de Paúl y Corpaúl.

Demandada: Toros y Espectáculos Macarena Ltda.. "Tesma".

En mi calidad de apoderado de la parte recurrente, en el juicio de la referencia, me permito descorrer el traslado exponiendo ante ustedes las razones que considero válidas para sustentar la alzada.

Voy a permitirme dividir mi alegato en dos partes fundamentales: en la primera me referiré a las causales de incumplimiento del contrato invocadas por la parte demandante y en la segunda a la presunta terminación del arriendo por vencimiento del término estipulado.

No me limitaré en la primera a impugnar la causal de incumplimiento acogida por el juez de primer grado, pues en el fallo se afirma que "del acervo probatorio se colige la comprobación del incumplimiento de varias de las cláusulas anotadas", sin precisar cuáles, y es perentorio demostrar que semejante aseveración es no sólo insólita sino infundada.

Además me propongo demostrar al ad-quem, que las presuntas causales de incumplimiento han sido urdidas artificialmente por la parte demandante, quebrantando así la buena fe que ha de presidir la ejecución de los contratos.

Causales de incumplimiento alegadas por la parte demandante

a. *Violación de la cláusula quinta del contrato.* Dicha cláusula establece la obligación, a cargo del arrendatario, de presentar ciertos espectáculos, y reza textualmente: "EL ARRENDATARIO se obliga a presentar anualmente cinco (5) corridas de toros de primera categoría, cinco (5) espectáculos menores y cuatro (4) novilladas. Pero estas novilladas podrán ser sustituidas por corridas de toros. De todas maneras EL ARRENDATARIO cuidará por el prestigio de la Plaza y velará porque éste se incremente. Para tal efecto EL ARRENDATARIO se obliga a celebrar todos los contratos que sean indispensables para la presentación de los espectáculos anteriores, acatando en todo las disposiciones legales o cualquier norma oficial que rija al respecto y acreditando ante LA FUNDACION el cumplimiento de las obligaciones contraídas, al término de cada uno de ellos, con las debidas constancias".

En relación con la cláusula transcrita afirma la entidad demandante que "TESMA dejó de presentar uno de los espectáculos menores en el primer año, con el consiguiente perjuicio económico que ello representa para la Fundación".

Sobre el punto me remito a las afirmaciones hechas en la contestación de la demanda y a las pruebas aportadas en su abono, que son concluyentes y no han sido desvirtuadas, así como a las consideraciones hechas al respecto en el alegato de conclusión presentado ante el a-quo, en nombre de la Empresa demandada. Tal como en uno y otro documento se dice, y lo prueban las constancias producidas por la propia mandataria de LA FUNDACION, TESMA no sólo cumplió a cabalidad con su obligación sino que lo hizo con exceso, pues en vez de cinco presentó seis espectáculos menores durante el período mentado por la demandante.

Tan infundado es el cargo, tan desvirtuado se halla desde el punto de vista probatorio, que ni siquiera valdría la pena mencionarlo si no fuera para subrayar la conducta de la parte actora: gratuita, inconsistente o intencionadamente deformadora de la realidad. Invoca hechos que no han ocurrido (un ejemplo es el punto que nos ocupa), distorsiona otros que sí han ocurrido para atribuirles un valor que no tienen y, en fin, trueca pretextos en razones, como se irá señalando en el curso de esta alegación.

Quizá resulte pertinente destacar, a propósito de la obligación que la cláusula en examen impone al arrendatario, de "cuidar por el prestigio de la Plaza y velar porque éste se incremente", que TESMA no únicamente cuidó e incrementó el prestigio de la Plaza de Toros La Macarena sino que lo rehizo. Porque cuando la empresa tomó en arriendo el coso, pesaba sobre éste no sólo un veto taurino sino la amenaza de física demolición. Fueron las "Ferias de la Candelaria" organizadas y llevadas a término con honestidad y responsabilidad ejemplares las que restituyeron a Medellín, como plaza taurina, el nombre que había perdido, y aseguraron la supervivencia del inmueble, para beneficio del Hospital. Por desventura tal circunstancia parece haberse olvidado, cuando el trabajo tesonero y continuo de TESMA ha fructificado, haciendo apetecible la Plaza para otros empresarios.

La honorabilidad y eficiencia de la empresa como arrendataria de la Macarena ha sido reconocida expresamente por la propia mandataria de la FUNDACION. En efecto, a folios 106 del cuaderno de pruebas de la parte actora puede leerse una carta dirigida al gerente de TESMA por la Secretaria de Corpaúl, el 16 de abril, en la cual, al tiempo que se informa al destinatario que su oferta fue descartada, se dice: "la Junta por unanimidad hizo un especial reconocimiento *por la responsabilidad y honorabilidad en el cumplimiento y el buen manejo que usted dio a la Macarena, durante el período en que Tesma fue favorecida como arrendatario (sic) de ella*". Y añade: "No olvida Corpaúl (!) que *mediante su eficaz colaboración la Plaza se ha convertido en una de las más importantes de Colombia*". (Las subrayas y el signo de admiración son nuestros). Esto no fue óbice, empero, para que tres meses después la misma entidad responsable del expresivo mensaje que acabamos de transcribir dedujera judicialmente cargos contra TESMA, por hechos (como el que examinamos) anteriores a tan generoso reconocimiento.

En síntesis, Honorables Magistrados esta primera causal de incumplimiento carece de toda seriedad y se explica apenas como el fruto de un esfuerzo desesperado, por parte del arrendador, de privar al arrendatario de su legítima tenencia, porque hay de por medio un postor que da más.

b. *Violación de la cláusula séptima.* Se refiere a los ingresos recaudados por concepto de arrendamiento de vallas y espacios murales para propaganda. Establece: "Ingresos que pertenecieron a la

Fundación. Los ingresos que se recauden por arrendamientos de vallas, afiches y murales fijos de propaganda en la Plaza, son de propiedad de la FUNDACION quien aprobará al ARRENDATARIO las tarifas a cobrar por este concepto, y quedarán excluidos de los previstos en el canon de arrendamiento para la explotación de la Plaza. Estos dineros serán percibidos por EL ARRENDATARIO e invertidos en su totalidad en mejoras de la Plaza, mediante planes debidamente autorizados por la FUNDACION y supervigilados por ella durante su ejecución. Toda mejora adicional no autorizada previamente por la Dirección será por cuenta y riesgo del CONTRATISTA y quedará de propiedad de la FUNDACION al vencimiento del Contrato. Queda prohibido al ARRENDATARIO hacer reformas sustanciales que de cualquier manera modifiquen, así sea transitoriamente, su destinación o que no cumplan el procedimiento descrito".

Me he permitido, Honorables Magistrados, alterar el orden de las cláusulas contractuales presuntamente violadas y tratar la séptima primero que la sexta para ganar en orden y sistema. Porque el hecho que se imputa a TESMA como violatorio de esta cláusula acusa semejanzas con el anterior y, en cambio, los que trataré en los literales subsiguientes tienen, entre sí, algo en común.

El cargo deducido a la arrendataria en el libelo de demanda consiste en que "no todos los ingresos recaudados por concepto de arrendamiento de vallas, afiches o murales de propaganda, ingresaron al patrimonio de la Fundación, ni fueron sometidas las tarifas a la aprobación del arrendador, ni se hizo la inversión en la forma acordada contractualmente, ni se dio cuenta de todas las que fueron contratadas".

En el alegato de conclusión presentado ante el juez de instancia se abundó en argumentos y razones que no dejan duda acerca de la fragilidad del cargo. Sería ocioso y redundante repetirlos. Mantienen todo su valor y, en consecuencia, a ellos me atengo, así como a las pruebas que los respaldan. Basta advertir —en cuanto a ingresos— que las relaciones de dinero recaudado por ese concepto fueron aprobadas sin objeción por Corpaúl (folios 69, 70 y 71 del cuaderno principal). Y si queda alguna duda en cuanto a la inversión de tales fondos y a las mejoras hechas en la Plaza, el testimonio del señor León Lopera, interventor del contrato, es concluyente al respecto (folios 9, cuaderno de pruebas de la demandada).

Es que todos los cargos que integran la causal son deleznable e infundados. Pero algunos resultan especialmente sintomáticos por

lo irrisorios. Veamos si no, el caso del espacio cedido al Centro de Información Toxicológica. Se trataba de un pequeño espacio, poco atractivo para un anunciador, que no había podido arrendarse. Cuando ya era cierto que nadie lo tomaría, se le cedió a una institución sin ánimo de lucro que persigue fines socialmente provechosos. Nunca se le reprochó a TESMA este modo de proceder. Más aún: tal reproche no era de esperarse no sólo porque la obligación de responder por los dineros provenientes de anuncios murales no implica la prohibición de ceder —a título gratuito— un pequeño espacio sobrante, sino porque la entidad favorecida persigue objetivos similares a los que animan a la entidad arrendadora y de la mencionada operación no se seguían para ésta perjuicios económicos, ni de otra especie. Es, por tanto, perfectamente verosímil que el Gerente de TESMA apenas sí solicitara telefónicamente una autorización que no era siquiera obligatoria, para hacer algo que si de un lado era plausible, del otro era totalmente inócua. Y téngase presente que la persona a quien se le pedía tal licencia era la misma que unos meses atrás se desempeñaba como directora del Hospital.

A ninguna persona de juicio desprevenido le pasaría por la cabeza que un contrato de arrendamiento, económicamente significativo para ambas partes, pueda romperse por un hecho como el que examinamos o por otro cualquiera de los “incumplimientos” que integran la causal a la que venimos aludiendo.

El que a una empresa, elogiada por su honorabilidad, responsabilidad y eficiencia, se le impute luego un hecho tan anodino (a fuer de inexacto), mediando entre una y otra manifestación tan corto lapso, más que en contra de ella misma, prueba en contra de quien así se contradice. Por eso decía más arriba que entre esta causal y la anterior existe una similitud que importa destacar: una y otra se fundan en hechos inexistentes o inexactamente descritos y valorados, maliciosamente traídos a un juicio como razones determinantes, cuando otro es el transfondo del asunto.

Para que no se piense que hago apreciaciones gratuitas, vale la pena confrontar algunos fragmentos de Actas de la Junta Directiva de Corpaúl que obran en el proceso. Por ejemplo, resulta provechoso comparar el de folios 106 con el de folios 111 (ambos del cuaderno de pruebas de la parte demandada). En el primero, de abril 14, se hace la apología de la empresa arrendataria, mientras en el segundo, de julio 2, se traza como estrategia a seguir: “2º encontrar todas las posibles fallas e incumplimientos del contrato,

para solicitarle la Plaza (se habla de TESMA), antes del tiempo definido”. (El tercer punto del plan se relaciona con otra causal y a él me referiré a su debido tiempo).

¿Qué había sucedido entre una y otra fecha? Sencillamente que TESMA había resuelto, después de meditarlo seriamente, defender su tenencia legítima sobre la Plaza de Toros, impugnando una licitación que no debió llevarse a término.

Una pregunta surge de la lectura del aparte transcrito: ¿podrá decirse que ejecuta un contrato de buena fe (como la ley lo manda), quien se impone como tarea “encontrar” fallas e incumplimientos que puedan ser aducidos como hechos de eficacia resolutoria? Parece que la buena fe aconseja un procedimiento distinto: impetrar la resolución cuando los hechos capaces de generarla, efectivamente, se han dado. Entonces se está dispensado de apelar a ese proceso de invención y distorsión que Corpaúl, curiosamente, denomina “encontrar”.

¿Tendrá acaso que buscar, como con lupa, los incumplimientos y fallas ocurridos en la ejecución de un contrato, el contratante que a consecuencia de los mismos, ha sufrido un detrimento real?

Que la política acordada por Corpaúl no se quedó en el papel sino que se tradujo en acciones coherentes con ella, nos lo van a demostrar mejor aún las causales que a continuación me propongo examinar.

c. *Violación de la cláusula sexta.* Dicha cláusula establece: “La Fundación se reserva el derecho de utilizar la Plaza durante un mínimo de cuatro (4) domingos en el año en fechas que no estén comprometidas por EL ARRENDATARIO. Además podrá utilizar (sic) durante quince (15) días anuales que no sean dominicales ni festivos, en fechas que igualmente no estén comprometidos (sic) por EL ARRENDATARIO”.

La presunta violación de esta cláusula merece especial consideración pues en ella se apoyó el juzgado de instancia para declarar la terminación del contrato.

Hagamos un recuento comprimido de los hechos: con fecha 24 de junio el Director de Corpaúl dirigió una breve nota al Gerente de TESMA anunciándole que el Hospital y Corpaúl habían decidido, de común acuerdo, utilizar la Plaza, conforme a lo establecido en la cláusula sexta del contrato, los días festivos 6, 13, 20 y 27 de julio y no festivos del 15 al 31 del mismo mes, ambas fechas inclu-

sive. El 26 de junio dio contestación TESMA a la referida comunicación, lamentando no poder acceder a la solicitud, por tener ya comprometida la Plaza para esa época, situación contemplada también en la misma cláusula.

Lo más sorprendente del caso es que jamás, durante la ejecución de los contratos anteriores celebrados entre los mismos arrendador y arrendatario, el Hospital había hecho uso de esa cláusula. Hacerlo ahora por primera vez, y precisamente en esa época, podría tener alguna significación. Porque hay que tener presente, de un lado, que TESMA ya desde el 21 de abril había hecho saber a Corpaúl que no reconocería la licitación efectuada, en la medida en que ésta implicaba un desconocimiento de su derecho de renovación y, de otro, que el contrato, entonces vigente, terminaba el 31 de julio, si se partía del supuesto de que la licitación lo hacía irrenovable.

Ya sabían, pues, el Hospital y Corpaúl, que si en esa fecha TESMA era aún tenedora de la Plaza, sólo una decisión judicial podría despojarla legítimamente de esa tenencia. Era preciso entonces apelar a estratagemas y pretextos para desalojarla. Y difícil encontrar uno mejor. Con el subterfugio de ejercitar un derecho se plantearía este dilema inexorable para el arrendatario: o nos entrega la Plaza (a costa de su derecho de renovación) o no nos la entrega, y entonces lo colocamos en situación de incumplimiento. Infortunadamente para los arrendadores, TESMA tenía ya una programación completa para estos días en la Plaza de Toros. Pero no podía desistir la arrendadora, así no más, de invocar el incumplimiento del contrato. No se trataba ya simplemente de "encontrar" fallas, sino de generarlas.

Se empezaba entonces a practicar una política que luego se enunciaría. En efecto: el dos de julio, en la reunión de la Junta Directiva de Corpaúl destinada a trazar directrices de alta estrategia, se acordó como punto tercero: "Como paso a dar inmediatamente recomiendan los abogados que la Empresa Escol (adjudicataria del nuevo contrato) contrate a Juan Gabriel Arango quien actualmente vive con su familia en La Macarena y así tener una posesión (sic) para el día en que se termine el contrato con TESMA y ésta alegue también posesión; presentándose así un hecho que se define con acción de la Policía amparando a juicio del Inspector correspondiente al que tenga la posesión legal que en este caso sería sin duda ninguna la de Escol en la persona de Juan Gabriel Arango como conserje". (Los errores de puntuación y sintaxis son textuales).

Es extraño que una nómina de abogados tan brillantes, como la de los asesores de Corpaúl, entre los cuales se encuentra el doctor Mario Aramburo, no hallara fórmulas mejores para burlarle su derecho a TESMA. Sin duda la situación jurídica de ésta distaba de ser endeble.

Es inexplicable que el juez de primera instancia hubiera hecho de lado todas estas consideraciones, que sin duda alguna deben ser sopesadas para valorar con justicia si la actitud del arrendatario es o no violatoria del contrato.

El a-quo considera que TESMA incurrió en violación de esta cláusula pues no demostró que, en el momento de formularse la solicitud, tuviera ya comprometida la Plaza para las fechas indicadas. Pero ocurre, Honorables Magistrados, que ni ésta ni ninguna otra cláusula contractual, impone al arrendatario la obligación específica de acreditar dentro de cierto término la afirmación de tener ya comprometida la Plaza. La sola aseveración inicial, confirmada por los espectáculos que luego efectivamente se presentaron dentro del lapso mencionado, son suficientes para acreditar que TESMA obró conforme a derecho, al retener el inmueble en la época inmediatamente anterior al vencimiento del término contractualmente estipulado. Porque si vamos a extremar las exigencias, ¿no hubiera sido del caso que la FUNDACION y Corpaúl acreditaran de modo fehaciente que *en verdad* necesitaban la Plaza para hacer uso de ella dentro de lo estipulado en el contrato?

Es que si indagamos un poco por el espíritu de la cláusula en examen, no es difícil concluir que lo que ella pretende es dar ocasión al dueño del inmueble a que pueda usufructuarlo por sí mismo en ciertos días, en los cuales tal usufructo no es concurrente con los intereses del arrendatario. Pero no puede ser su espíritu el servir al arrendador, a modo de pretexto, para lograr fines inconfesados, aunque obvios, en detrimento del legítimo tenedor.

Si el señor juez de instancia considera que los espectáculos realmente programados y ofrecidos por TESMA durante el período a que se viene aludiendo fueron una mera evasiva para no entregar la Plaza, los no programados por el HOSPITAL y Corpaúl no podrán ser legítimamente valorados como subterfugio artero, pero torpe, al margen del verdadero espíritu de las normas contractuales, para acceder a otros fines? Basta leer los testimonios de los señores Peláez Vallejo y Villegas Moreno (folios 17 y 24, cuaderno de pruebas de la parte demandada), directores, en su orden, del Hospital

y de Corpaúl, para formarse una clara idea al respecto. El doctor Villegas, incluso, no tiene empacho en reconocer que nada se había programado porque se creía que TESMA no entregaría la Plaza. ¿Para qué, entonces, se le solicitaba? La respuesta es clara: para crear una causal de incumplimiento del contrato.

Los argumentos del distinguido apoderado de la parte demandante, en el sentido de que no se presentaron espectáculos todos los días del lapso a que me vengo refiriendo, no tienen, a mi juicio, gran valor, por tres motivos: *primero*, porque como creo haber demostrado, la petición no era seria y encubría propósitos inconfesados; *segundo*, porque en ella se solicitaba la Plaza para todo el período y no solamente para algunos días dentro de él, y *tercero*, porque aunque se hubiera pedido únicamente para ciertos días, existían dificultades para su utilización, en esa forma, provenientes de la ocupación parcial del inmueble. Claro que éstas hubieran podido salvarse si hubiera mediado la petición explícita e inequívoca en ese sentido. Pero estas son consideraciones subalternas al lado de las que más arriba dejo expuestas, suficientes para desvelar la falsa actitud de la parte demandante, obediente, por lo demás, a consignas premeditadas integrantes de toda una estrategia torticera encaminada a desalojar de la Plaza al legítimo tenedor.

d. *Violación de la cláusula décima segunda.* El aparte de esta cláusula, cuya violación se alega, establece: "La Fundación se reserva el derecho de revisar las instalaciones en cualquier tiempo a objeto de vigilar el cumplimiento del presente contrato".

La violación se hace consistir en que "se le ha negado, repetidamente, al arrendador, o a sus empleados o representantes, hacer la revisión de las instalaciones. No se ha permitido la entrada con tal finalidad".

Este cargo, exhaustivamente desvirtuado por las pruebas allegadas al proceso (incluso por las que aportó la demandante sobre el punto), está integrado por tres hechos, analizados con todo detalle en el alegato de conclusión, los que sintéticamente pueden presentarse así, sin el menor riesgo de incurrir en distorsiones:

1: Tres personas enviadas por Corpaúl fueron a inspeccionar la Plaza y... efectivamente lo hicieron; 2º una enfermera al servicio del Hospital fue a revisar la enfermería en vísperas de un espectáculo taurino, y... no quiso entrar; 3º Los representantes de Corpaúl fueron a que se les entregara la Plaza el día en que

consideraban vencido el término del contrato, existiendo ya un litigio sobre el asunto promovido por ellos mismos, y se les manifestó que lo indicado era esperar el fallo.

Repáren ustedes, Honorables Magistrados, que basta despojar a esos hechos de sus detalles accidentales y presentarlos escuetamente para que aparezcan casi jocosos, y que no es la narración la que los hace caricaturescos sino el que sean presentados, con toda seriedad, como un cargo contra el arrendatario.

En el primer caso, un conserje recién llegado no conocía a los funcionarios de Corpaúl y parecía medida de elemental prudencia indagar de quiénes se trataba y si eran personas que pudieran justificar allí su presencia. Mientras el empleado telefónicamente, solicitaba instrucciones, otra persona, justamente la señora madre de Juan Gabriel Arango, el recomendado a Escol por los abogados de Corpaúl, permitió el acceso a las personas en cuestión, y éstas cumplieron su cometido sin interferencia de ninguna especie. (Ver declaraciones de folios 14 y 24 v, cuaderno de pruebas de la demanda, 12 y 49 del cuaderno de pruebas de la parte actora).

En el segundo, ocurrió algo similar: el nuevo conserje no conocía a la señora enfermera, fue a averiguar quién era y si tenía autorización para entrar y ésto la indispuso y la determinó a desistir de su empresa, aunque, en realidad, hechas las averiguaciones, se le facilitó el acceso a la Plaza.

El tercer caso está enteramente fuera de la cláusula invocada y de cualquiera otra del contrato, pues no se trataba de inspeccionar las instalaciones de la Plaza sino de exigir su entrega y como tal exigencia ya había sido judicialmente formulada, era pertinente esperar que se produjese la sentencia. (Véanse los testimonios que obran a folios 26, cuaderno de pruebas de la parte actora y 32 vto. del cuaderno de pruebas de la demandada, entre otros).

Aún en tiempo de lo que pudiera llamarse "normalidad contractual" tales hechos serían inocentes. Pero no era esa la situación. Se vivía bajo el régimen dispuesto por Corpaúl, de la toma de la Plaza. ¿O es que a alguien le queda duda, luego de leer el fragmento de acta citado más atrás de que era eso lo que se pretendía? Si en todo tiempo cualquier arrendatario tiene derecho a reglamentar el acceso al bien que ha tomado en arriendo, con mucha mayor razón cuando se sabe que su tenencia está amenazada de hecho, porque el arrendador prefiere esas vías, a las jurídicas, para poner término a las discrepancias originadas en el convenio.

La actuación del arrendador tendiente a colocar al arrendatario en situación de incumplimiento es, justamente, el factor común a esta causal y a la anterior, como se había anunciado más arriba.

Para dar por concluida esta parte de la alegación, referente a las causales de incumplimiento del contrato imputadas a TESMA en el libelo de demanda, me parece pertinente reiterar, a modo de conclusión, que todas ellas son infundadas, bien porque no corresponden a hechos, bien porque presentan la realidad fáctica o la contractual distorsionadas, bien, finalmente, porque las situaciones presentadas como violaciones del contrato han sido inducidas, si no creadas, por quien pretende hacerlas valer en su beneficio, dejando así de lado el principio de la buena fe que, en materia contractual, no es solamente una aspiración ética sino un mandato de nuestro derecho positivo.

SEGUNDA PARTE

Terminación del contrato por cumplimiento del término pactado

Para el caso de que no se encontrare probada ninguna de las causales de incumplimiento invocadas, solicitó la parte actora, subsidiariamente, que se declarara la terminación del contrato por vencimiento del término pactado. Tal petición fue formulada en el libelo adicional fechado el dos de septiembre, bajo el literal B.

Sobre el punto en mención hizo el Juzgado de instancia el siguiente pronunciamiento: "3º No obstante que la causal invocada en el literal B) del libelo adicional de la demanda, fue propuesta como subsidiaria, *este Juzgado la declara probada*, pues se trata de una pretensión principal, así haya sido propuesta con el carácter anotado, pues la finalidad de las causales todas invocadas es la misma. En consecuencia, SE DECLARA que el referido contrato *terminó por vencimiento del respectivo plazo, al haber renunciado la sociedad demandada al derecho de renovación*, como se analizó en la parte motiva de esta sentencia". (Las subrayas y las mayúsculas están en el texto).

Desde un punto de vista estrictamente lógico, tal pronunciamiento no deja de ser inquietante. Al menos yo, Honorables Magistrados, no tengo dificultad en admitir que no entiendo cómo una

relación jurídica resuelta ya por el advenimiento de una condición (incumplimiento) puede luego ser resuelta otra vez por el vencimiento de un plazo, "al haber renunciado la sociedad demandada al derecho de renovación". Una de dos: o se verifica la realización previa de la condición resolutoria, caso en el cual el vencimiento posterior de un plazo estipulado carece de todo sentido jurídico, o se le atribuye a este último la eficacia resolutoria, caso en el cual se reconoce que la primera no se había realizado.

El fallo del a-quo podría compararse al dictamen de un legista que dijera: "Se estableció plenamente en la necropsia que el señor K murió de trombosis coronaria; no obstante, una semana después de que tal ocurriera, una fuerte dosis de veneno ingerida, le ocasionó la muerte". Lógicamente, tal dictamen carecería de sentido y apenas sí sería explicable, desde un punto de vista psicológico, como el resultado de una tremenda incertidumbre por parte de la persona que lo emite quien, en el fondo, podría aún pensar que el señor K sigue vivo.

Vale la pena citar, sobre el punto, la opinión autorizada de Karl Engisch quien, a propósito de la causalidad jurídica escribe: "De esta idea de una causalidad jurídica se deducen también consecuencias prácticas; por ejemplo, que *una consecuencia jurídica no puede surgir o desaparecer dos veces* (he subrayado). No hay "efectos dobles" en el derecho. Si alguien se ha convertido en propietario, en virtud de un negocio jurídico, no puede luego, a raíz de otro hecho, por ejemplo, prescripción, transformarse nuevamente en propietario. O si un negocio jurídico es nulo en virtud de una situación de hecho, no puede ser anulado luego a raíz de otra situación de hecho, tal como una demanda por engaño. En este sentido, dice Von Thur: "*Un derecho que ha surgido no puede surgir otra vez, y un derecho que no ha existido o que ha sido suprimido no puede ser anulado*". (Subrayas mías. La cita la he tomado de la obra "Introducción al pensamiento jurídico", pág. 52, Ediciones Guadarrama, 1967, traducción española de Ernesto Garzón Valdés).

Pero dejando de lado esta consideración que, aparte de una clara antijuridicidad de la sentencia, pone de presente una exagerada dardiosidad del a-quo con respecto al peticionario pues éste invocó A o B, incompatibles entre sí, y aquél admitió A y B, incompatibles entre sí, voy a permitirme analizar el vencimiento del término como si hubiera sido la única causal acogida en el fallo de instancia. Los hechos que han de tomarse en cuenta son los siguientes:

1º Entre la Fundación Hospitalaria San Vicente de Paúl y TESMA se celebró un contrato de arrendamiento, en virtud del cual la última de las entidades nombradas quedaba facultada para explotar comercialmente, dentro de ciertas condiciones, la Plaza de Toros La Macarena, que es propiedad de la primera.

2º Se estipuló como término de duración del contrato el de dos años, contados a partir del primero de agosto de 1973.

3º Tal contrato, no sólo por su objeto sino por la calidad de la parte arrendataria, es de naturaleza mercantil y por tanto está regido por el código de comercio. Así lo admitió incluso el juez de primer grado, quien acogió, sobre el punto, las argumentaciones aducidas por TESMA en el alegato de conclusión.

4º En agosto de 1975 TESMA llevaba ya cuatro años consecutivos con la tenencia de la Plaza, a título de arrendataria, pues el primer contrato de arriendo entre la FUNDACION y la Empresa se había celebrado en 1971.

5º En esas condiciones, TESMA se situaba dentro de la hipótesis del artículo 518 del Código de Comercio, que consagra el derecho de renovación.

6º Empero, en abril de 1975 la Corporación de Fomento Asistencial de San Vicente de Paúl, "Corpaúl" decidió sacar a licitación la Plaza de La Macarena. Esta entidad (Corpaúl) había sido creada por la Fundación Hospitalaria algunos meses atrás con el objeto de que le administrara sus bienes, pero no estaba habilitada todavía para actuar como mandataria de una entidad de utilidad común, pues el Ministerio de Salud aún no le había impartido reconocimiento ni aprobado sus estatutos, requisito éste exigido por el derecho (Decreto 354 de 1975). En efecto, tal reconocimiento sólo se produjo el 14 de agosto del 75, mediante la Resolución 003863, cuya copia obra en el proceso (folios 95, cuaderno de pruebas de la parte actora).

Pero es más: dicha resolución había sido precedida por la 002931 de julio del mismo año, en virtud de la cual no se autorizaba el funcionamiento de la mencionada corporación. Sin embargo, ya desde el mes de abril se había permitido convocar una licitación para adjudicar el arriendo de La Macarena; hacer, en efecto, tal adjudicación y firmar el respectivo contrato con la empresa favorecida (una diferente a TESMA).

7º TESMA compareció a dicha licitación, pero se desechó su propuesta.

Lo que se trata de esclarecer es, entonces, si el contrato de arrendamiento celebrado en agosto de 1973 entre la Fundación Hospitalaria y TESMA "terminó el 1º de agosto de 1975, por haber renunciado la Empresa a su derecho de renovación, al participar en la licitación convocada por Corpaúl", tal como lo declara el a-quo.

Se impone, pues, un examen sereno y riguroso del llamado derecho de renovación, a la luz de nuestro código, pues si llegamos a saber con claridad en qué consiste, lograremos entender también mejor cómo puede extinguirse.

La norma que consagra tal institución en nuestro derecho, está contenida en el artículo 518 del código de comercio, que dice: "El empresario que a título de arrendamiento haya ocupado no menos de dos años consecutivos un inmueble con un mismo establecimiento de comercio, tendrá derecho a la renovación del contrato al vencimiento del mismo, salvo en los siguientes casos:

"1. Cuando el arrendatario haya incumplido el contrato.

"2. Cuando el propietario necesite los inmuebles para su propia habitación o para un establecimiento suyo destinado a una empresa sustancialmente distinta de la que tuviere el arrendatario, y

"3. Cuando el inmueble deba ser reconstruido o reparado con obras necesarias que no puedan ejecutarse sin la entrega o desocupación, o demolido por su estado de ruina o para la construcción de una nueva obra".

Me parece, Honorables Magistrados, que una crítica del lenguaje jurídico (tanto legislativo como doctrinario) resulta iluminante. En tal empresa, voy a adoptar como guía el análisis hohfeldiano, por parecerme el instrumento más adecuado a tal propósito.

La obra de Wesley Newcomb Hohfeld, antiguo profesor de la Universidad de Yale, es, desventuradamente, poco conocida en nuestro medio. Se publicó en 1913 bajo el título "Fundamental legal conceptions as applied in Judicial Reasoning", pero sólo fue traducida al español en 1964 por el profesor argentino Genaro Carrió. Ando publicada por el Centro Editor de América Latina S. A. de Buenos Aires, en la colección Filosofía y Derecho, bajo el título "Conceptos Jurídicos Fundamentales". La obra ha tenido honda repercusión no sólo en trabajos teóricos tan importantes como el de Alf Ross ("Sobre el derecho y la justicia") sino en el análisis concreto de problemas judiciales.

El profesor Hohfeld parte de esta elemental observación: la dicotomía de términos correlativos derecho-deber no es capaz de explicar todas las relaciones jurídicas posibles. Ordinariamente se emplea el término *derecho* (en sentido subjetivo), tanto por legisladores como por juristas para aludir a las situaciones ventajosas que el ordenamiento determina, y a todas ellas se les atribuye como correlato un *deber*, término con el cual se significa la situación de desventaja. Se toma como típica la relación acreedor-deudor. Pero resulta que no todas las situaciones ventajosas son asimilables a la del acreedor y, por ende, no todas las situaciones de gravamen son reductibles a la situación del deudor. Por ejemplo: yo puedo, legítimamente pasear por la calle con un paraguas en la mano, lo que para mí constituye una ventaja, y los demás no pueden impedirme, legítimamente, que lo haga, lo que para ellos puede resultar gravoso. Pero, en rigor, mi relación con los demás, en el ejemplo citado, no es idéntica a la de un acreedor con su deudor. Ahora bien: si entre esas situaciones hay diferencias significativas, su distinta nominación resulta no sólo lógicamente justificada, sino científicamente aconsejable. Podríamos anotar, por ejemplo, dos diferencias entre las dos situaciones mencionadas como ventajosas: 1) mientras el crédito está positivamente reglado por el ordenamiento, la libertad de llevar un paraguas en la mano mientras camino, es apenas una consecuencia del postulado axiomático "está jurídicamente permitido todo lo que no está jurídicamente prohibido", sin el cual el derecho positivo no es inteligible; 2) mientras el ejercicio de mi derecho de crédito implica el despliegue de una determinada actividad jurídica encaminada a hacerlo efectivo (el cobro judicial o extra-judicial), el disfrute de mi libertad de andar con un paraguas en la mano, se realiza, muchas veces, incluso de modo inconsciente, sin que yo sepa que estoy gozando de una libertad que el derecho positivo protege. Como quien dice, pasivamente (desde un punto de vista jurídico), disfruto de una ventaja derivada del ordenamiento. Sin embargo, una y otra situación son llamadas ordinariamente "*derecho*". Hohfeld prefiere reservar ese término para la primera situación descrita y denominar a la segunda *privilegio* (Ross la llama sencillamente libertad).

Simultáneamente, las situaciones pasivas de esas dos relaciones son también diferentes entre sí: el crédito tiene como correlato un *deber*, con un determinado contenido específico, gravoso para el sujeto pasivo de la relación, y cuyo cumplimiento puede ser ubicado espacio-temporalmente (vgr.: Juan pagó a Luis a las 2 p.m. del día 17 de junio en Medellín).

La situación pasiva correspondiente a la libertad, en cambio, tiene un contenido más genérico, menos preciso y su cumplimiento no es situable en un solo momento y en determinado lugar. Es más bien su violación la que resulta individualizable espacio-temporalmente. En general se ha utilizado la expresión "*deber jurídico*" para denominar a una y otra situación pasiva (y a cualquiera otra de esa clase, creada por el ordenamiento), pero Hohfeld prefiere reservar el término *deber* para aludir al correlato de un derecho y "*no derecho*" para identificar la situación pasiva, desventajosa, correlativa a la *libertad*. Así, yo tengo el *deber* de pagar a Juan los 1.000 pesos que me dió en mutuo, pero simplemente *no tengo el derecho* de interferir en el ejercicio de su libertad, ni en el ejercicio de la libertad de ningún otro.

Pero aún pueden detectarse otras dos parejas de situaciones correlativas dentro de cualquier ordenamiento. Hohfeld las denomina potestad-sujeción e inmunidad-incompetencia, respectivamente. Examinémoslas.

El Alcalde de Medellín puede, legítimamente, remover a cualquiera de sus secretarios, pues el derecho público colombiano lo autoriza a hacerlo. Se halla, con respecto a ellos en una situación ventajosa. Pero esa situación no es la del acreedor frente al deudor, ni la de quien disfruta de un privilegio frente a sus potenciales perturbadores. Técnicamente ningún secretario *debe* nada al alcalde; ni su situación queda claramente descrita si afirmamos que ellos tienen la obligación de no interferir en las acciones libres de él. En cambio, logramos captar a plenitud la naturaleza especial de la relación existente entre uno y otros, si decimos que éstos están sujetos a aquél; o que aquél, frente a éstos, ejerce una cierta *potestad*.

Lo que tiene en común el funcionario con el titular de una libertad y con el acreedor, es su situación ventajosa en la relación jurídica. Pero cada una de esas ventajas tiene sus rasgos singulares que la caracterizan y la hacen inconfundible con las otras.

Finalmente, analicemos la última de las relaciones mencionadas, a través de dos ejemplos: 1) Juan, mi amigo y compañero de trabajo, un simple particular, no puede ordenar mi detención preventiva por un comportamiento mío que él juzga reprochable; mucho menos podría imponerme una pena. Que tal cosa sea así y no de otro modo, es para mí ventajoso; para Juan, que arde en deseos de sancionarme privándome de mi libertad, resulta en cambio la-

mentable, gravoso. Yo soy **inmune** frente a él en la medida en que él es incompetente; 2) Nadie, que no sea mi guardador, mi representante legal o mi mandatario puede realizar actos jurídicos que a mí me obliguen, ni crear, ni extinguir relaciones patrimoniales que me afecten. Yo soy inmune frente a esas personas que carecen de competencia para comprometerme o para extinguir una ventaja de la que yo disfruto.

Tampoco este último dualismo, **inmunidad-incompetencia**, se deja reducir a ninguno de los anteriores. La **inmunidad**, en tanto que ventaja, es perfectamente discernible del derecho, de la libertad y de la potestad, del mismo modo que la **incompetencia**, en tanto que desventaja, se distingue del deber, del no derecho y de la sujeción.

Pero hé aquí la cuestión fundamental que de momento nos atañe: ¿a cuál de las situaciones ventajosas analizadas corresponde el derecho de renovación y qué consecuencias se siguen de clasificarlo técnicamente? Veamos.

Aún lingüísticamente resulta forzado afirmar que el arrendador es, con respecto al arrendatario, **deudor de un derecho de renovación**. Asimililar, **por este aspecto**, la relación mutuante-mutuuario a la relación **arrendatario-arrendador** (mercantiles), sería lógicamente inconsistente. El mutuario debe al mutuante, vgr., la cantidad de dinero que éste le prestó. Pero el arrendador, en lo atingente al punto que nos interesa, nada debe al arrendatario. Sólo que éste tiene frente a aquél una ventaja de la que sólo puede despojarse bajo determinadas condiciones.

El contrato de arrendamiento mercantil termina, por el advenimiento del plazo estipulado, a no ser que se renueve. Pero la renovación es lo ordinario: se renueva, **a no ser que** se realicen determinados supuestos, que más dependen de la actuación del arrendador que del arrendatario.

La renovación no es una mera libertad, puesto que no es la simple consecuencia del postulado "está jurídicamente permitido todo lo que no está jurídicamente prohibido" sino una concesión expresa, creada por el propio ordenamiento. No es tampoco un poder (**potestad**) similar al que asiste al Alcalde para destituir a uno cualquiera de sus secretarios, o a todos ellos, cuando le venga en gana. Es simplemente una **ventaja condicional**, como aquella de

que yo disfruto frente a los demás en el sentido de que no pueden comprometerme mientras no sean mis representantes legales, guardadores o mandatarios.

El derecho de renovación, **en tanto que situación ventajosa**, es, ni más ni menos, lo que Hohfeld llama una inmunidad. Para que él cese es preciso que alguien, con competencia, obre y lo haga bajo determinadas formas, vinculadas siempre al ejercicio de la competencia. **Lo ordinario es que la inmunidad se mantenga**. Lo excepcional que cese, puesto que para lo primero basta con que no se actúe y para lo segundo es preciso que **alguien** actúe en determinada forma. ¿Quién y cómo? Lo dice el propio código de comercio. Veamos. Dispone el artículo 520: "En los casos previstos en los ordinales 2º y 3º del artículo 518 (que el contrato se haya incumplido o que el dueño necesite el inmueble para habitarlo o destinarlo a una empresa diferente), el **propietario** desahuciará al arrendatario con no menos de seis meses de anticipación a la fecha de terminación del contrato, so pena de que éste se considere renovado o prorrogado en las mismas condiciones y por el mismo término del contrato inicial. Se exceptúa de lo dispuesto en este artículo los casos en que el inmueble sea ocupado o demolido por orden de autoridad competente".

Y el 519 ibídem, establece: "Las diferencias que ocurran entre las partes en el momento de la renovación del contrato de arrendamiento se decidirán por el procedimiento verbal, con intervención de peritos".

De las normas transcritas se infiere con toda nitidez: 1) La única persona competente para impedir que un contrato de arrendamiento mercantil (dentro de las exigencias del artículo 518) se renueve, es el **propietario**; 2) ¿Cómo? Desahuciando al arrendatario con una anticipación mínima de 6 meses; 3) ¿Por qué motivos? Bien porque aquél haya incumplido el contrato, bien porque el mismo propietario necesite el inmueble para habitarlo o para destinarlo a una empresa distinta de la que tuviere el arrendatario; 4) Las diferencias que surjan en el momento de la renovación, deben ser dirimidas judicialmente por el procedimiento verbal, con intervención de peritos (artículo 519 del C. de Co. y 442 y siguientes del código de Procedimiento Civil).

Las disposiciones citadas contienen los elementos integrantes de un supuesto jurídico complejo de eficacia resolutoria. **Lo que significa que si todos ellos no concurren**, la inmunidad ("derecho

de renovación") se mantiene. Dichas normas precisan, valga la reiteración, **quién, por qué motivos y cómo** puede hacer cesar la inmunidad que ampara al arrendatario. Para el caso de que surjan discrepancias entre el **dueño** y el arrendatario, se determina el modo de dirimir las.

Permítaseme ahora, Honorables Magistrados, confrontar las condiciones exigidas por el derecho colombiano para que no haya lugar a renovación del contrato (situación excepcional), con lo que aparece acreditado en el proceso.

1º El 17 de Julio de 1975 los señores directores de la Fundación Hospitalaria y de la Corporación de Fomento Asistencial, Jorge Elías Peláez y Alvaro Villegas, en su orden, enviaron al Gerente de TESMA una comunicación en la cual **decretaban** (!) la caducidad del contrato de arrendamiento por presuntos incumplimientos de la Empresa. A éstos ya he tenido ocasión de referirme en la primera parte de esta alegación. No es del caso insistir en que tales cargos eran (y lo son aún) simulados, acomodaticios o sin correspondencia con los hechos. Lo que aquí importa destacar es que ni la falsa declaratoria de caducidad equivale al desahucio de que habla el artículo 520 del Código de Comercio, ni se hizo con la antelación allí exigida.

2º Los otros hechos excepcionales de la renovación, contenidos en los ordinales 2º y 3º del artículo 518, nunca fueron invocados por el propietario.

3º Tres meses antes de la célebre declaratoria de caducidad por incumplimiento, la Corporación de Fomento Asistencial, "Corpaúl", había convocado a una licitación que terminó con la adjudicación del contrato a una firma comercial distinta de TESMA. Vale la pena insistir en que, en ese momento, Corpaúl carecía del reconocimiento necesario para actuar jurídicamente en nombre de una entidad de utilidad común, sujeta a la supervigilancia del Ministerio de Salud (Ley 93 del 38 y Decreto 354 del 75), y que no se había operado la cesión de la administración del contrato, exigencia ésta que se desprende de la propia Resolución número 117 de abril de 1973, originaria de la Junta Directiva de la FUNDACION, en virtud de la cual se creó la Corporación de Fomento Asistencial de San Vicente de Paúl, "Corpaúl".

Tan conscientes fueron ambas entidades de que la convocatoria hecha por "Corpaúl" carecía de fundamento jurídico, que tres meses después en la misma famosa carta conjunta en que se daba

cuenta de la declaratoria de caducidad, el Hospital manifestaba que "convalidaba" la actuación de "Corpaúl" tendiente a adjudicar a otra entidad el Contrato de arrendamiento, el cual, por ministerio de la ley, ya se había renovado.

Como se desprende claramente de lo anterior, no hubo actuación alguna **del dueño** del inmueble encaminada a impedir la renovación, y la actuación cumplida por un tercero, no constituía un desahucio (faltaba apenas un poco más de una semana para que se cumpliera el término estipulado). Total, el contrato se renovó.

¿Pero, y la licitación? Veamos: aún suponiendo que hubiera sido convocada por quien podía y debía hacerlo (el propietario del inmueble o un mandatario suyo con todas las de la ley), ninguna norma le atribuye virtualidad suficiente para impedir que la renovación opere. Y no se diga que la participación de TESMA en ella implica una renuncia a su derecho de renovación. Porque, justamente, aquí tiene operancia otra vez la distinción entre un derecho (en el sentido de Hohfeld) y una inmunidad. Mientras en la primera situación es el titular (acreedor) quien debe actuar y un no obrar suyo bajo ciertas condiciones implica una renuncia, en la segunda en cambio se hace necesaria una actuación del sujeto pasivo ajustada en un todo a las exigencias normativas, para que la ventaja se extinga.

La licitación, aún legalmente convocada, sólo podría tener un sentido: buscar, la entidad propietaria, quién ofreciera mejores condiciones contractuales para pedir al arrendatario que se ajustara, en adelante, a ellas. Si a propósito de esas mejores condiciones ofrecidas por un tercero y **exigidas ahora por el propietario para permitir que el contrato se renovara surgieran** diferencias entre éste y el arrendatario, se impondría entonces apelar al procedimiento indicado en el artículo 519 y sólo en el evento de que el juez hallara justas las nuevas exigencias y el arrendatario las estimase desventajosas, podría decirse que éste desistió de renovar el contrato o que renunció a su derecho de hacerlo. Mientras ésto no ocurra no puede afirmarse, válidamente, que tal renuncia se haya dado.

Es que las inmunidades son situaciones ventajosas cuya remoción está sujeta a especiales exigencias, más drásticas de ordinario que las que se requieren para que se extinga una facultad cualquiera.

Claro está que un arrendatario mercantil puede manifestar de modo inequívoco que no tiene interés en renovar su contrato o en someterlo, previo convenio con el propietario, a una condición resolutoria distinta de las contempladas en la ley, no prohibida por ésta, y en tales eventos el dueño estará dispensado de invocar los motivos y apelar a las formas que lo hacen competente para disponer que la renovación no opere. Pero suplir la manifestación unívoca —que en el caso de estudio no se ha producido— por una supuesta falta de interés inferida de la comparecencia a una licitación, la que en el contexto de la inmunidad tiene lógicamente otro sentido, resulta no sólo excesivamente audaz sino claramente anti-jurídico.

El negocio a estudio, Honorables Magistrados, es importante por más de un aspecto. No sólo ofrece facetas poco exploradas aún teóricamente, como ésta del derecho de renovación, sino que da ocasión para observar cómo ciertas entidades de las llamadas “de utilidad común”, escudadas en esa condición, se sienten libres de toda vinculación con el derecho y dispensadas de la buena fe contractual. Y ese comportamiento reprochable se acentúa más aún cuando obran a través de personas o entidades cuyo altruismo y desinterés parecen más problemáticos. La circunstancia de hallarse frente a frente una institución de beneficencia y una empresa comercial no justifica el quebrantamiento de la igualdad ante la ley, más cuando la primera no ha sido excesivamente respetuosa de las normas que le atañen.

No ha habido, Honorables Magistrados, incumplimiento del contrato por parte de la demandada, y me parece que así ha quedado establecido. No ha habido renuncia por parte de ella a su derecho de renovación contractual como equivocadamente lo afirma la parte actora, y menos aún se han dado los dos hechos (que no pueden concurrir) como lo declara el a-quo con más ligereza que lógica, con más largueza que sentido de justicia.

Por todas las razones hasta aquí consignadas, creo que se impone una revocatoria del fallo y así lo solicito a ustedes muy respetuosamente.

H. H. Magistrados,

Medellín, Julio 3 de 1976