

# JUICIOS DE TENENCIA

Dr. HORACIO MONTOYA GIL

## CAPITULO TERCERO

### *Generalidades sobre los Juicios de Tenencia*

11).—*Noción de Derecho Procesal.* Sin pretender profundizar en el estudio de alguno de los aspectos de la teoría general del proceso civil, ya que la naturaleza del trabajo no lo permite, haremos algunas consideraciones que pueden ser de utilidad práctica, acerca de conceptos que son imprescindibles para una mejor comprensión de la manera como se impetra, desarrolla y desata el proceso de tenencia. Se harán, en consecuencia, algunas anotaciones acerca de principios desarticulados que corresponden al estudio del derecho procesal general, para luego tratar de encuadrar en ellos el trámite de los juicios especiales de tenencia que se verán en su debida oportunidad. Así, en forma somera, véamos qué se entiende por *derecho procesal civil* y su *objeto*; cuál es el concepto de *la acción*, su clasificación y requisitos estructurales y, finalmente, qué se entiende por *presupuestos* procesales y su diferenciación con las condiciones axiológicas del derecho de acción.

*Derecho Procesal Civil.*—El derecho procesal civil, tomado en sentido amplio, viene a ser el conjunto de normas que indican la manera como se tramita cualquier gestión ante una autoridad pública; y, tomado en sentido restringido, puede decirse que comprende el conjunto

de disposiciones que establecen la forma de hacer valer las acciones en juicio y provocar la intervención de los funcionarios de la rama jurisdiccional en los asuntos de jurisdicción voluntaria, como lo anota nuestro Profesor Antonio J. Pardo.

Del derecho procesal, en sentido general, se ha dicho que estudia aquél sistema de normas que tiene por objeto y fin la realización del derecho objetivo a través de la tutela del derecho subjetivo, mediante el ejercicio de la función jurisdiccional.

Como el derecho adjetivo se encuentra en íntima relación con el derecho privado que regula los estados y las relaciones jurídicas entre los particulares y como él indica las formas que son de necesaria observancia para la realización del derecho privado, no puede ser desatendido para la correcta aplicación de aquél. Es esta la razón, precisamente, del capítulo primero, que mirado desde otro punto de vista parecería ajeno a la orientación principal del tema.

*Objeto del derecho procesal civil.*—El objeto del procedimiento civil está indicado claramente en el artículo 194 del Código Judicial, de acuerdo con el cual él tiene una doble finalidad: regular la manera como deben ventilarse las controversias civiles, estableciendo los trámites que deben seguirse desde su comienzo hasta su culminación y estatuir las normas que señalan la forma imperativa de resolver los asuntos civiles.

12).—*Concepto de acción.* Desde el punto de vista filosófico, acción significa el acto por el cual se ejercita una facultad física o moral con el fin de producir un determinado efecto. Pero la acción en *sentido sustancial* dice relación al medio otorgado por la ley para efectivizar, mediante el órgano jurisdiccional, un derecho. En *sentido formal*, la acción se toma como el procedimiento judicial que se sigue cuando se trata de hacer valer un derecho. Así se habla de acción ordinaria, ejecutiva, sumaria, etc.

En el derecho moderno, como dice Couture, la noción de acción se entiende como: a) Sinónimo de derecho; b) Pretensión, y c) Como sinónimo de facultad de provocar la actividad de la jurisdicción. Se habla, entonces, de un poder jurídico que tiene todo individuo como tal, y en nombre del cual es posible acudir ante los Jueces en demanda de amparo de su pretensión.

En el derecho procesal moderno prevalece la tesis de que la acción es un derecho diferente del derecho sustancial, que posee vida propia y perfecta autonomía.

“La acción no es una cosa sola como la obligación, no es el medio para actuar la obligación, no es la obligación en su tendencia a

la actuación, ni un efecto de la obligación, sino un derecho distinto y autónomo que nace y puede extinguirse independientemente de la obligación (la acción de condena se consuma con el pronunciamiento de la sentencia definitiva, aún cuando la obligación quede subsistente); que tiende a un efecto jurídico y no a la prestación", dice Chiovenda.

"El derecho existe antes de la acción judicial con absoluta independencia de ésta, así es que podemos tener muy bien derecho a una cosa sin que pongamos en ejercicio la acción para reclamar o hacer uso de este derecho; inversamente, podemos ejercitar ciertas acciones sin que se nos haya violado derecho alguno". en opinión de Manresa y Navarro (1).

13).—*Clasificación de las acciones.* Muchas y variadas han sido las clasificaciones que de las acciones se han hecho, atendiendo, unas veces, a la naturaleza del derecho cuya tutela se demanda, o la del objeto sobre el cual recae; otras, según la providencia solicitada al órgano jurisdiccional, y, en fin, atendiendo al carácter que asuman en el juicio, para no enumerar sino las principales clasificaciones.

a) La más simple y conocida es aquella que mira a la naturaleza del derecho cuya tutela se impetra y que las clasifica en *reales*, *personales* y *mixtas*, aunque es de anotar que en nuestro ordenamiento sustantivo civil no se dan derechos de esta última naturaleza (2).

b) Según la naturaleza del objeto sobre el cual recae, las acciones pueden ser *mobiliarias* o *inmobiliarias* (3).

c) Teniendo en cuenta la naturaleza de la providencia solicitada al órgano jurisdiccional, pueden ser:

1º *Declarativa.* Cuando se pretende por el accionante la declaración sobre la existencia o inexistencia de una determinada relación jurídica;

2º *Constitutiva.* Si tiene por finalidad obtener la constitución, modificación o extinción de una relación de derecho mediante sentencia judicial;

3º *De condena.* Mediante esta acción el actor pide al juez que condene al demandado a realizar determinada prestación. Si la petición tiene éxito no sólo se declarará la existencia del derecho sino que se fallará en el sentido de que tal derecho debe ser satisfecho; y, si ésto no ocurre en forma voluntaria, el actor puede, con tal senten-

(1) Cita de Hernando Morales, CURSO DE DERECHO PROCESAL CIVIL, tomo 1, pág. 141 y ss. 4ª. Edición Lerner, 1960.

(2) Código Civil arts. 665 y 666.

(3) Código Civil arts. 655 y 656.

cia, provocar la ejecución forzosa del derecho declarado contra el demandado. La acción de condena persigue, pues, dos cosas: declaración del derecho y posibilidad de ejecución.

4º *Ejecutiva*. Si la pretensión del deprecante se dirige a obtener de la justicia la realización coactiva de los intereses protegidos por el derecho, que han sido legalmente decretados. Para que proceda la efectivización coactiva del derecho, debe tenerse certeza plena del derecho mismo. Deben concurrir, por tanto, actos y hechos de los que el derecho resulte indiscutiblemente comprobado. Así, para que pueda ejercitarse una acción ejecutiva, es indispensable que el derecho resulte previamente establecido mediante sentencia u otro acto a que el derecho atribuya valor legal de un acto de comprobación, es decir, que se tenga un título ejecutivo.

Por ello, ha dicho Carnelutti que el proceso de ejecución es aquel que procura al titular de un derecho subjetivo o del interés que se protege, la satisfacción de los mismos, *sin o contra la voluntad del obligado*.

5º *Cautelar o de aseguramiento*. La acción cautelar o de aseguramiento, que es una forma singular de la tutela jurídica, tiende a asegurar, dentro del proceso de declaración o cognición unas veces o dentro del de ejecución otras, sus consecuencias mediante el mantenimiento de un estado de hecho o de derecho, o a prevenir las consecuencias de determinada resolución a fin de que no resulte ilusoria.

d) Por razón de las acciones y por el carácter que asumen en el juicio, se dividen en principales y subsidiarias. Son *principales* las que constituyen el fundamento mismo del juicio y que sirven de base a la controversia; y, son *subsidiarias* aquellas que suponen la existencia de una acción principal. Estas se proponen dentro del juicio en que se desarrolla aquella, en forma secundaria o subsidiaria para el caso de que no prospere la primera.

14).—*Elementos de la acción*. De acuerdo a la teoría general del proceso civil, toda acción está estructurada por los siguientes elementos: 1º Sujetos; 2º Causa Petendi, y 3º Petitem.

Los *sujetos* vienen a ser la persona titular del derecho que actúa como demandante en el proceso y el sujeto pasivo que es la persona que asume la posición de demandado. La *causa petendi* es el fundamento inmediato del derecho que se reclama y está integrado por el interés jurídico, por el derecho y por una situación de hecho contraria a derecho. El *petitem* es aquéllo que se pide, la acción deducida

y el objeto sobre el cual recae, es decir, la cosa, cantidad o hecho que se demanda.

*Legitimación para obrar.* Todo sujeto que ocurra a las autoridades jurisdiccionales, en demanda de la tutela de su derecho y el que señalado como demandado usa de los medios de defensa previstos en la ley, lo mismo que quien incidentalmente interviene en el juicio, en su carácter de parte, debe estar provisto de un *interés para obrar*, es decir, debe reportar utilidad de su intervención. Ese interés ha de ser legítimo, o sea, que la legitimación sustente el derecho que se ejercita, pues de lo contrario la acción será desestimada por falta del presupuesto causa petendi, como que el interés es parte integrante de aquél.

Se da la legitimación cuando acciona quien tiene, por ley sustancial, facultad para ello (legitimación activa) contra la persona frente a la cual la acción tiene que ser ejercitada (legitimación pasiva).

En síntesis, la legitimación para obrar determina lo que entre nosotros impropriamente se ha dado en llamar *personería sustantiva*, esto es, que quien acciona sea la misma persona a quien la ley concede esa facultad, y la persona contra la cual se hace valer la acción sea aquélla que conforme a la ley debe soportar la carga de ser demandada.

Por norma general, la legitimación para obrar sea por activa o por pasiva, basta afirmarla en la mayoría de los casos, ya que la titularidad efectiva no puede establecerse a *priori* desde el momento mismo de aducir la pretensión, sino que habrá de examinarla el Juez una vez agotada la sustanciación del proceso, al desatar la litis.

Sin embargo, existen algunos casos en que la ley exige la prueba de la legitimación para obrar desde la iniciación del proceso, no siendo suficiente la simple afirmación de poseerla. Tales casos son los contemplados en los artículos 862, 877, 885, 935, 1.104, 1.113, 1.135, 1.189, 1.201, 1.120 y el juicio ejecutivo se inicia cuando se aduce la prueba de que el actor posee un título ejecutivo, aunque luego pueda ser contradicho en excepciones.

15).—*Presupuestos procesales.* De acuerdo con las últimas jurisprudencias de la H. Corte Suprema de Justicia, los presupuestos procesales que deben concurrir a todo juicio, son cuatro a saber: a) Competencia; b) Capacidad para ser parte; c) Capacidad procesal o capacidad para comparecer como parte; y d) Demanda en forma. También hubo un tiempo en que se consideraba como presupuesto

procesal la *legitimación en causa*, pero tal apreciación sostenida por la Corte hasta el año de 1.937 fué rectificada en el sentido de incluirla dentro del presupuesto de la acción, conocido como *causa petendi*, siguiendo en esta forma la teoría de Chiovenda (4).

*Competencia.* La competencia, dice el artículo 143 del Código de Procedimiento Civil, es la facultad que tiene un Juez o Tribunal para ejercer, por autoridad de la ley, en determinado negocio, la jurisdicción que corresponde a la República. O como enseña Mattiolo "la competencia es la medida como se distribuye la jurisdicción entre las distintas autoridades judiciales".

La competencia hay que mirarla desde un doble punto de vista: *objetivo y subjetivo*. Desde el primer punto de vista se considera "como el conjunto de las causas en que, con arreglo a la ley, puede un juez ejercer su jurisdicción. Y desde un punto de vista subjetivo, como la facultad que a cada juez le corresponde para ejercer la jurisdicción dentro de los límites en que le está atribuída" (5).

*Capacidad para ser parte.* Este presupuesto procesal se confunde con la capacidad jurídica para ser sujeto activo de derechos y pasivo de obligaciones, o mejor, se puede afirmar que es la capacidad jurídica de la parte desde el punto de vista sustantivo, llevado al proceso civil (6).

*Capacidad para comparecer como parte.* Este presupuesto, llamado también "*legitimatío ad procesum*", es la aptitud legal para realizar actos procesales con eficacia jurídica en nombre propio o ajeno. Esta capacidad, que también pudiera llamarse capacidad desde el punto de vista adjetivo, está ampliamente reglamentada en los artículos 240 y 250 del C. de P. Civil, en armonía con la ley 69 de 1.945 y el Decreto 1.209 de 1.954.

*Demanda en forma.* El proceso debe iniciarse con una petición llamada demanda y que viene a ser el acto básico del juicio. Por medio de la demanda los particulares solicitan al Estado, a través de sus funcionarios, el reconocimiento de un derecho que según ellos ha sido violado o amenazado por alguien.

"La demanda, ha dicho la H. Corte, que es la petición con la cual se inicia el juicio, debe reunir ciertos requisitos formales exigidos principalmente en los artículos 205, 209, 217, 222 y 737 del C.J.

(4) Gaceta Judicial, Tomo LXI, 712 y LXV, 711.

(5) Hernando Devis Echandía, DERECHO PROCESAL CIVIL GENERAL, cita de Ortega Torres. Código de Procedimiento Civil. Cuarta Edición. Temis 1960.

(6) Véanse arts. 74 y 633 C. C. y 230 C. de P. C.

El Juez debe ordenar de oficio la corrección de toda demanda que adolezca de vicios formales y la parte demandada proponer oportunamente la excepción dilatoria de inepta demanda (C.J. arts. 333 y 738)" (7).

16).—*Comparación entre presupuestos procesales y condiciones de la acción.* La distinción entre presupuestos procesales y condiciones de la acción no es cuestión sencilla de resolver, pero que es preciso tener en cuenta ya que la ausencia de unos y otros producen consecuencias distintas no sólo desde el punto de vista de la forma del fallo sino también en lo que se refiere a los efectos de la providencia en que tal pronunciamiento se haga.

Los presupuestos procesales son los requisitos que el derecho procesal exige para que el juzgador pueda entrar a resolver sobre el fondo de la acción instaurada, en forma favorable o desfavorable, como que mientras no estén plenamente satisfechos no puede trabarse la relación jurídico-procesal. En cambio, las condiciones de la acción son los requisitos indispensables para obtener una sentencia favorable; o en otros términos, la concurrencia de tales condiciones es lo que viene a determinar el éxito de la acción incoada.

De otra parte, mientras las condiciones de la acción pertenecen al derecho material, aquéllos —los presupuestos procesales—, condicionan el ejercicio inicial de la acción sin suponer una resolución favorable y dicen relación más que todo al entrabe o enlace de la relación jurídico-procesal.

Los presupuestos procesales se encuentran reglamentados en las leyes de procedimiento, en tanto que los de la acción lo están en las normas de derecho sustantivo. La deficiencia o falta de comprobación de los primeros puede corregirse dentro del proceso, mientras que las irregularidades en cuanto a las condiciones de la acción no pueden serlo en la misma forma por cuanto su estudio se hace al momento de proferir la decisión que finaliza el proceso.

Además, mientras la concurrencia de los presupuestos procesales es materia de examen previo a la admisión del libelo de demanda, el estudio de las condiciones de la acción se reserva para el momento de dictar la providencia que pone término a la instancia, como se dijo antes.

Por último, los presupuestos procesales son comunes a todos los procesos, en cambio no puede decirse lo mismo en relación con las condiciones de la acción, pues aunque siempre concurren algunos ele-

(7) Gaceta Judicial, Tomo LXXVIII, 348.

mentos estructurales idénticos a todas, éstos varían como los sujetos de cada una, lo mismo que las situaciones singulares que cada acción contiene o revela.

17).—*Aplicación de los anteriores conceptos a la acción de tenencia.* Tratando de aplicar los conceptos enunciados a la acción de tenencia, comencemos por estudiar la naturaleza de ella y como puede clasificarse.

La acción de tenencia es *personal*, no porque tal calificación pueda predicarse de la acción en sí sino por consecuencia de la naturaleza misma del derecho que con ella se pretende tutelar. Mediante el ejercicio de tal acción, el actor persigue la protección de un derecho puramente personal, o sea que pretende el cumplimiento de una determinada obligación por parte de una persona —el tenedor— consistente en la restitución de la cosa entregada a título de mera tenencia.

Como el derecho de tenencia puede recaer tanto sobre bienes muebles como raíces, la acción puede ser también mobiliaria o inmobiliaria, según el caso.

Ahora; dentro de la clasificación de las acciones que tiene como fundamento la naturaleza de la providencia que se impetra, clasificación que por lo demás es más propia de los fallos, la tenencia, por cuanto participa de las acciones declarativas y de ejecución, es de la naturaleza de las de *condena*.

En principio podría pensarse, que como la sentencia dictada en estos juicios conlleva la afirmación o constatación de la existencia de una relación obligacional anterior entre los legitimados activos y pasivos, pudiera calificarse más bien de acción meramente declarativa. Sin embargo, tal apreciación no parece muy aceptable si se tiene en cuenta que en estos juicios lo que el actor solicita conjuntamente es un pronunciamiento en el sentido de que se ordene al demandado el cumplimiento de una obligación (obligación de restituir preexistente al fallo), con la prevención de que si no cumple la orden en forma voluntaria en el término que el Juez señale, la decisión se ejecutará coactivamente por el mismo funcionario.

Por lo demás, los presupuestos de la acción de condena, a saber: existencia de un derecho privado susceptible de tutela jurídica y necesidad de esa protección, por no existir otro medio de efectivizarlo, supuestos que la doctrina ha considerado como necesarios para que pueda estructurarse esta acción, se dan a cabalidad en la acción de tenencia.

Efectivamente: en el proceso de tenencia aparece un derecho privado como es la facultad que tiene el actor a exigir del presunto demandado el cumplimiento de la obligación de restituir la cosa; obligación del obligado y cuya exigibilidad incumbe demostrar. Y si se acude en demanda del cumplimiento de tal obligación, es porque necesariamente ella no se ha cumplido en la forma y tiempo convenidos entre las partes.

Por manera que la afirmación de que la acción de tenencia es de la naturaleza de las de condena, no se remite a duda. Ahora, que sea ejecutiva, se deduce claramente del mandato del artículo 1106 del Código Judicial el cual dispone que si la decisión del Juez es de lanzamiento, éste debe hacerse por el mismo, o por medio de la Policía, dentro de los dos días siguientes, sin que para ello se requiera el seguimiento de un nuevo juicio.

El Proyecto de Código Judicial, al cual se hizo referencia anteriormente, incluye, precisamente, entre los procesos de ejecución, al lado del juicio ejecutivo, hipotecario, concurso de acreedores, el de restitución de bienes dados en tenencia. Y en la exposición de motivos que acompaña al citado proyecto, se lee sobre este particular lo siguiente: "El proyecto incluye dentro de los procesos ejecutivos los que tienen por objeto la restitución de bienes de quien los ha recibido a título de tenedor, porque se trata de obligaciones en que el derecho del poseedor o dueño es indiscutible y, por tanto, deben cumplirse ellas en la misma forma en que se satisfacen todas las que revisten ese carácter.

"La Comisión se vió en la necesidad de adoptar un procedimiento especial, similar al existente, distinto del ejecutivo ordinario, para la restitución de las cosas arrendadas, porque entre nosotros el contrato de arrendamiento es consensual y puede ser establecido con pruebas que no provengan directamente del arrendatario.

"En cambio, el proyecto exige título ejecutivo para obtener la restitución de bienes recibidos a título distinto del de arrendatario, como el de comodatario, depositario, etc. Los contratos en que se confiere la tenencia por causa jurídica distinta a la del arrendamiento, son menos frecuentes en los negocios jurídicos, por lo cual los interesados pueden procurarse, al celebrarlos, la prueba escrita, en forma auténtica" (8).

(8) Proyecto de Código Judicial, cit. pág. 397.

18).—*Definición de la acción de tenencia.* Sin desconocer lo osado que resulta la enunciación de un concepto acerca de determinado aspecto o institución jurídica, con riesgo de equivocarnos, consideramos que la acción de tenencia es la facultad o poder jurídico conferido por la ley a ciertas personas, para impetrar de los jueces una decisión que imponga al tenedor una prestación de hacer, susceptible de ejecución forzada por el mismo juez.

Se dice facultad o poder jurídico, significando con ello el derecho potestativo que emerge de la acción en favor del demandante, considerada ésta como derecho autónomo. Y se dice que es poder o facultad reconocida por la ley a ciertas personas por cuanto los legitimados no pueden englobarse en un término que los comprenda a todos, pues, como se verá, pueden ser titulares de la acción de tenencia no sólo el propietario o dueño de la cosa sobre la cual recae sino también el poseedor, usufructuario, el mismo tenedor en ciertos casos, y, en general, todos los administradores de bienes ajenos.

La prestación que el juez impone al demandado existía con anterioridad no sólo al fallo sino también a la constitución de la relación procesal; desde el nacimiento mismo de la relación precaria, el sujeto pasivo de la acción se obligó frente al actor a ejecutar una obligación de hacer (restituir la cosa), de tal suerte que el juez se limita a constatar la existencia y exigibilidad de la prestación e imprimirle fuerza compulsiva al derecho que el acreedor reclama.

19).—*Condiciones de la acción de tenencia.* Como lo habíamos observado anteriormente, para la prosperidad de una acción es preciso que se den determinados presupuestos o condiciones axiológicas. La doctrina procesal ha indicado como condiciones axiológicas del derecho de acción los sujetos de la relación jurídica, la causa petendi y el petitum; pero a más de los anteriores, la jurisprudencia siguiendo la doctrina de los modernos procesalistas, ha considerado también como presupuesto común a todas las acciones la legitimación para obrar.

De suerte, pues, que para la eficacia de la acción deben concurrir las condiciones indicadas y además las específicas que en particular cada una presenta.

Tratándose de la acción de tenencia, para que el proceso pueda culminar con un fallo que acoja las pretensiones del actor, es necesario que aparezcan establecidos de manera plena los siguientes presupuestos axiológicos:

1º).—Que la cosa o bien cuya restitución se impetra, haya sido entregada a la persona demandada, o la tenga a título de mera te-

nencia. O, en otras palabras, que el actor pruebe que la persona que señala como sujeto pasivo de la acción es un mero tenedor de la cosa objeto de la restitución solicitada;

2º).—Debe demostrar también que ha llegado el tiempo de exigir tal restitución, teniendo en cuenta entre otras normas los preceptos de los artículos 1608, 2008, y ss. 2035, etc. del Código Civil. A más de lo anterior, deberá dar la prueba de la causal que invoca, en cada caso concreto.

20).—*Presupuestos procesales en los juicios de tenencia.* A diferencia de lo que ocurre con las condiciones de la acción, los presupuestos procesales son invariables para todo juicio. Se han indicado como presupuestos comunes: la competencia del juez, capacidad sustantiva y adjetiva y la demanda en forma, como antes se anotó.

Veámos ahora cómo se determinan cada uno de los presupuestos en el proceso de tenencia, así:

*Competencia para conocer de los juicios de tenencia.*—Para determinar la competencia del juez a quien está atribuido el conocimiento de las acciones de tenencia, deben tenerse en cuenta los criterios o factores que tanto la ley como la doctrina han indicado para ello: *objetivo, subjetivo, funcional, territorial y de conexión.* Debe tenerse en cuenta, de otra parte, que los juicios de tenencia son de naturaleza contenciosa y que en las acciones personales tiene aplicación el principio del *forum domicilli rei.*

1º).—Si se trata del juicio de lanzamiento del arrendatario o de restitución de la cosa a iniciativa del mismo, la competencia se determina por el juez del domicilio del demandado, atendiendo a la cuantía y sin perder de vista que la jurisdicción en este caso puede prorrogarse (9).

Ahora, conforme a lo que dispone el artículo 1.118 del Código Judicial, para determinar la cuantía de la acción se toma en cuenta el valor de la renta o canon en un período.

2º).—Cuando la acción se dirija a obtener la restitución o lanzamiento del ocupante de predios rústicos o al recibo de éstos a petición del ocupante, se tendrá en cuenta:

a) Si el ocupante del predio rústico ejerce tenencia sobre él en virtud de un contrato de arrendamiento o de uno de los contratos a que se refiere el artículo 1º de la ley 100 de 1.944, cuya finalidad sea el incremento del cultivo de la tierra o la producción agrícola,

(9) Arts. 152, reglas 2ª y 3ª y 153 C. J. Decreto N° 3547 de 1958 art. 2º y art. 85 del C. C.

conocerá de las acciones de tenencia que en tales relaciones se originen, los Jueces del Trabajo, de acuerdo a la cuantía (artículo 23 del Decreto 0291 de 1.957).

Sobre este particular, recuérdese la observación que se hizo en la letra e) del numeral 10) acerca de las modificaciones que en materia de competencias para conocer de estas acciones introdujo la Reforma Judicial, en virtud del artículo 16 del Decreto N° 1819 de 1.964.

b) Si el tenedor del predio rústico se encuentra en él por razón de una relación cuyo objeto sea distinto a la explotación agrícola o incremento de los cultivos, de las acciones a que hubiere lugar conocerán los jueces civiles, atendiendo a la cuantía, y demás reglas sobre esta materia.

3°).—De acuerdo con lo que dispone el artículo 1.115 del C. J., los jueces civiles conocen de los juicios de tenencia cuando la acción se oriente a obtener la restitución de las cosas dadas en tenencia, a título distinto del de arrendamiento o que estén en poder de alguna persona en ejercicio del derecho de retención. Tales son entre otros los juicios que se promuevan contra los comodatarios, albaceas, guardadores, depositarios, etc. En estos casos conocen los jueces civiles del domicilio del demandado, teniendo en cuenta la cuantía, conforme a las reglas generales; pero en tales eventos la *cuantía* se determina por el valor de las cosas dadas en tenencia (Art. 1.118 del C. de P. C.)

4°).—En las acciones de lanzamiento por ocupación de hecho, hay que distinguir si se trata de predios rústicos o predios urbanos y debe tenerse en cuenta, de otra parte, el tiempo que ha durado la ocupación como que los funcionarios competentes en uno y otro caso son diferentes, lo mismo que los términos de prescripción de tales acciones.

a).—Cuando se trata de la ocupación de predios rústicos, que no sean baldíos, es competente para conocer de las acciones de lanzamiento, en forma privativa, el Juez del Circuito Civil del lugar de ubicación de la finca, con observancia de los criterios y el procedimiento indicados en la ley 200 de 1.936. En estos casos la competencia se determina por el factor objetivo (naturaleza del asunto) sin que en nada incida la cuantía o valor de la acción (10).

(10) Cuando la ocupación se refiera a baldíos, se aplicarán los artículos 78, 79 y 80 del Código Fiscal y la ley 45 de 1947.

La ley 200 de 1.936, por medio de su artículo 25, creó los Jueces de Tierras, funcionarios encargados de conocer, en forma privativa, de los juicios de lanzamiento por ocupación de hecho en predios rurales, así como también de la tramitación de toda acción posesoria referente a predios de la misma naturaleza. Y, en su capítulo segundo, reglamentado por el Decreto 59 de 1.938, dispuso un procedimiento especial aplicable a tales eventos. Luego vino la ley 4ª de 1.943 y suprimió los jueces de tierras y adscribió sus funciones a los Jueces de Circuito.

b).—En el evento de acciones de lanzamiento por ocupación de hecho de predios urbanos, el procedimiento aplicable es el contenido en el Decreto 992 de 1.930, reglamentario del artículo 15 de la ley 57 de 1.905 y derogatorio del Decreto 515 de 1.923 que reglamentaba lo relativo al lanzamiento por ocupación de hecho, sin hacer distinción alguna. Al expedirse la ley 200 de 1.936 y 4ª de 1.943 la competencia y procedimientos quedaron derogados en lo que dice relación a la ocupación de hecho de predios rústicos.

Conforme, pues, al artículo 8º del Decreto 992 de 1.930, conocen de las acciones de lanzamiento por ocupación de hecho de predios urbanos el Alcalde del Municipio en que esté ubicado el predio ocupado; si pertenece a varios Municipios, conocen a prevención los Alcaldes de cada uno, sin sujeción a cuantía alguna.

No debe olvidarse que esta acción prescribe en treinta días contados desde el primer acto de ocupación o del día en que tuvo conocimiento el querellante de tal hecho, según el caso. Vencido este término los interesados tendrán que acudir al poder judicial en juicio posesorio u ordinario.

5º).—Finalmente, para concluir lo relativo a la competencia en estos juicios, se anota que el Decreto Nº 151 de 1.957, con miras a la protección de la Industria Hotelera, consagró un procedimiento especial para el lanzamiento de clientes insolventes y atribuyó el conocimiento de tales acciones a los Alcaldes, Corregidores o Inspectores de Policía del domicilio del respectivo establecimiento hotelero.

Por último, cuando el demandado en acción de tenencia sea el Estado (Nación) el competente para conocer del juicio respectivo es el Tribunal Superior del domicilio del demandante; y cuando se siga por el Estado contra un particular, conoce el Tribunal de la vecindad del demandado. En el evento de que el juicio se siga contra un departamento, el competente es el Tribunal Superior del mismo y si hay varios en el territorio departamental conocerá el de la Capital; en el

caso contrario, es decir, cuando el demandante sea el Departamento, conoce el que corresponda al domicilio del demandado (Arts. 155 y 156 del C. de P. C.)

*Competencia en la Reforma Judicial.* — Desde hacía algunos años, se hacía necesaria una modificación en las cuantías en materia civil, ya que, por virtud de fenómenos monetarios, el aumento de los litigios, etc., las establecidas por el Decreto 3547 de 1.950 resultaban demasiado bajas. Como respuesta a ese anhelo de Abogados y Jueces, el Poder Ejecutivo, en uso de las facultades extraordinarias conferidas por el Congreso de la República, realizó la elevación esperada por medio del Decreto N° 528 de 1.964 "sobre organización judicial y competencia" y cuya vigencia está prevista para el 1° de julio de 1.965.

El citado decreto 528, derogó el artículo 2° del D.E. 3547 de 1.950, el cual a su vez había suspendido el artículo 196 del C.J. y dispuso en su artículo 7°:

"En los juicios en que la competencia se fija por el valor de las acciones que se ejercen, éstas son de mayor, de menor o de mínima cuantía. Son de mayor cuantía las que versan sobre un valor que excede de quince mil pesos; de menor cuantía, aquéllas cuyo valor es de tres a quince mil pesos, y de mínima cuantía las demás".

A su turno los artículos 5° y 6° ídem. preceptúan:

"Art. 5°—Los Jueces Municipales en lo civil conocen en una sola instancia de los asuntos contenciosos civiles y de los juicios de sucesión, de mínima cuantía".

"Art. 6°—Los Jueces Municipales en lo civil conocen en primera instancia:

"10.—De los asuntos contenciosos de mayor y menor cuantía en que se ventilen cuestiones de mero derecho privado. Cuando en ellos intervenga como parte la Nación, un Departamento, un Municipio, una Intendencia, una Comisaría o un Establecimiento público descentralizado, conocerá el Juez en lo civil del Municipio que sea cabecera de Distrito Judicial..."

Ahora bien: si a la elevación de las cuantías se agrega un personal de Jueces y empleados probos e idóneos, los buenos resultados de la Reforma Judicial no se harán esperar. Sin embargo, nos asalta la duda de que, por las condiciones de remuneración y falta de estímulos, el elemento humano calificado, factor determinante del éxito de la reforma, en muchas ocasiones y lugares no pueda ser habido. No deja de inquietarnos el hecho de que, como la mínima cuantía que-

dó aumentada considerablemente, los juicios de esta clase no tendrán revisión alguna, como ocurrirá con la mayoría de las acciones de lanzamiento, en los casos en que la cuantía se determine por el valor del canon o renta. Más grave aún puede resultar en este caso la consideración de que en muchas ocasiones, en estos juicios, se debaten incidentalmente problemas relativos a mejoras cuyo monto puede ascender a muchos miles de pesos y que, en tales condiciones, las decisiones sobre esta materia carecerán de revisión, por tratarse de cuestiones incidentales al juicio de lanzamiento.

*Capacidad para ser parte y para comparecer como parte en los procesos de tenencia.* — Estos dos presupuestos procesales no requieren un estudio especial, ya que de un lado ellos son invariables en todo juicio y de otro, el estudio de ellos corresponde más bien a la teoría general sobre el procedimiento civil. Por manera que nos basta con saber que el primero dice relación a la *capacidad* de goce o adquisitiva para ser sujeto activo de derechos o pasivo de obligaciones y acudirse a lo que sobre el particular disponga el Código Civil en armonía con el Código Judicial. (11).

En cuanto al segundo, capacidad para comparecer como parte, llamado también "*legitimatio ad procesum*" y que se confunde con la *capacidad de ejercicio*, significa la aptitud legal para realizar actos con validez y eficacia dentro del proceso. De modo que no basta ser sujeto de derecho para poder intervenir en juicio sino que, además, se requiere que la persona pueda realizar actos en nombre propio o ajeno, con validez procesal.

Solamente las personas capaces, por sí mismas, pueden comparecer en juicio como partes, es decir, tienen capacidad procesal para actuar sin intervención de nadie, como demandantes o como demandados. Pero ello no quiere decir que quienes no tengan capacidad de ejercicio carezcan de derecho de acción o que contra ellos no pueda accionarse; lo que les está vedado es comparecer al juicio por sí mismos. Cuando comparecen lo deben hacer a través de sus representantes legales, como lo indica el artículo 240 del C. Judicial.

Resumiendo lo relativo a la capacidad para comparecer como parte, dice la Corte Suprema de Justicia: "Lo concerniente a la capacidad procesal está reglamentado en el Título IV del libro 2º del Código de Procedimiento Civil.

(11) Arts. 74 y 633 del C. C. y 230 del C. J.

“Las personas capaces comparecen en juicio por sí mismas o por medio de sus mandatarios; las personas incapaces, por medio de sus representantes legales (C. J. Art. 240), y las personas jurídicas, “por medio de sus representantes constitucionales, legales o convencionales” (C. J. Art. 250), o sea por medio de sus órganos competentes” (12).

*Jus Postulandi.* Conforme a mandatos constitucionales y legales, no siempre quien tiene capacidad procesal puede actuar directamente en juicio y realizar personalmente actos de obtención con validez procesal, sino que la parte o su representante legal deben estar asistidos por un procurador o apoderado judicial. Esta capacidad es lo que en doctrina se conoce con el nombre de *juspostulandi*, que en el fondo no es otra cosa que una especie de capacidad puramente formal y que mira al mejor desarrollo del proceso, el cual requiere técnica, corrección y precisión. Conforme al artículo 40 de la Constitución Nacional, ley 69 de 1.945 y Decreto E. N° 1.209 de 1.954, sólo tienen derecho de postulación los abogados titulados e inscritos, salvo las excepciones contempladas en las mismas normas.

*Demanda en forma en los juicios de tenencia.* — La demanda, pieza vertebral del proceso de tenencia, debe reunir ciertos requisitos de forma que no son otros que los indicados en los artículos 205, 209, 217, 222. etc. del C.J., pero de una manera especial los del Art. 205 el cual enseña: “La demanda principal, o sea la petición con que se inicia un juicio, debe contener: la designación del Juez a quien se dirige; el nombre de las partes y el de sus representantes, si aquéllas no comparecen o no pueden comparecer por sí mismas; su vecindad o residencia, si es conocida, o la afirmación de que se ignora, con protesta de no faltar a la verdad; lo que se demanda, expresando con claridad y precisión los hechos u omisiones; los fundamentos de derecho en que se apoya, y la cuantía, cuando su estimación sea necesaria para fijar la competencia”.

Una demanda que reúna todas las exigencias formales anotadas se encuentra en forma, según expresiones de la jurisprudencia. En caso contrario, el Juez puede ordenar su corrección de oficio y la parte contraria proponer la excepción dilatoria de inepta demanda; pero si nada de esto ocurriere, el vicio dará lugar a un pronunciamiento inhibitorio por falta del presupuesto procesal “demanda en forma”. (13).

21).—*La legitimación en los juicios de tenencia.* Para que el Juez pueda pronunciarse sobre el fondo de la pretensión deducida, no es

(12) Gaceta Judicial, Tomo LXXVIII, 350.

(13) Véase N° 15.

suficiente, como se dijo antes, que se tenga la calidad de sujeto de derecho y la aptitud legal para realizar actos válidos desde el punto de vista adjetivo; es necesario, además, que quien aduzca la pretensión sea la persona a quien la ley acuerda la acción y que ella vaya dirigida, precisamente, contra aquélla a quien por ley está obligada a soportar la carga de ser demandada.

Por regla general, basta que en el libelo se afirme la existencia de tal legitimación, tanto en forma activa como pasiva, ya que en el debate probatorio habrá oportunidad de acreditarla en forma completa. Mas, ocurre que en cierta clase de juicios, el de tenencia entre ellos, la misma ley de procedimiento ordena que a la demanda debe acompañarse la prueba de dicha legitimación, como que en el festinamiento de estos procesos, si el demandado no se opone a las pretensiones del actor, no habrá período probatorio y el Juez, en consecuencia, tendrá que pronunciarse sobre el libelo con fundamento en las solas pruebas que se hayan presentado con la demanda.

Se concluye de lo anterior, que la legitimación es uno de los elementos esenciales de la acción y un presupuesto que determina necesariamente la eficacia del proceso en sentido positivo.

Como la legitimación es uno de los elementos sustanciales del derecho de acción, para determinarla tanto en su aspecto activo como pasivo, será necesario recurrir a los preceptos sustantivos que son los que en definitiva vienen a suministrar los criterios para saber cuándo una situación dada es de mera tenencia y cuáles los sujetos de dicha relación.

Conforme a la definición legal de la tenencia, para saber cuando una relación es de mera tenencia, el criterio fundamental está dado por la ausencia del *animus domini* y la existencia concurrente de la obligación de restituir la cosa objeto de ella, por parte de uno de los sujetos.

22).—*Legitimación activa.* Sin pretender en manera alguna dar una enumeración taxativa de los sujetos que están legitimados para instaurar la acción de tenencia, se dará, adoptando el criterio propuesto, una lista de los que consideramos legitimados en forma activa.

Con miras a lograr una clasificación de los titulares de la acción de que se trata y aunque ello en realidad no resulte muy técnico, se pueden formar cinco grupos de legitimados, así:

1°).-El dueño o propietario de la cosa sobre la cual recae la acción; 2°).-El titular de un derecho real de goce, en relación con la misma; 3°).-El poseedor; 4°).-El arrendador, y 5°).-Los administradores de bienes ajenos.

*El dueño o propietario de la cosa.*—Es evidente que el dueño o propietario de la cosa está legitimado, como el más, para accionar con miras a obtener la restitución de la cosa, siempre que en cualquier forma, gratuita u onerosa, haya cedido directamente el goce o el uso y goce del bien a título de tenencia, llegado que sea el término de la devolución. Este aserto se deduce fácilmente de lo que preceptúa el artículo 699 del Código Civil, como que el uso y goce de la cosa forman parte de los atributos que confiere el derecho de dominio.

Así tendríamos que el dueño o titular de la nuda propiedad podría accionar contra el usufructuario si una vez llegado el plazo no le fuere restituida voluntariamente la cosa fructuaria, ya que una de las obligaciones contraídas por el usufructuario es precisamente la de restituir la cosa (Art. 823 C.C.); de igual manera procedería la acción contra el acreedor prendario, una vez solucionado el crédito que garantizaba la cosa dada en prenda (Arts. 2418, 2420, 2421, 2428 y 2426); contra el usuario o habitador (Art. 872 idem.); contra el acreedor anticrético (Arts. 2416, 2463 y 2467 C.C.); de la misma manera sería viable contra quien ejercita sobre la cosa un derecho de retención (Art. 1115 del C.J.); contra el fiduciario, etc.

Lo dicho es aplicable no sólo al caso de que la tenencia recaiga sobre cosas materiales sino también en los eventos de derechos inmateriales susceptibles de tal cesión como ocurre con la propiedad intelectual, las marcas, patentes de invención, etc., por lo menos desde el punto de vista teórico.

*El titular de un derecho real de goce.*—Teniendo en cuenta la enumeración que de tales derechos hace el artículo 665 del Código Civil y las enseñanzas de la doctrina, dentro de este segundo grupo de legitimados tendríamos que todo titular de un derecho de esta categoría puede accionar contra el tercero a quien cedió la tenencia de la cosa a título distinto del de arrendamiento, si la naturaleza de tal derecho se lo permite. Se dice que cuando la cesión se hizo a título distinto del de arrendamiento por cuanto en este evento se estaría legitimado como arrendador y no como simple titular del derecho real.

En tales condiciones estarían legitimados el usufructuario; el titular de un derecho de uso o habitación, pero sólo a fin de obtener la entrega de la cosa para usar y gozar de su derecho, pues, como es sabido, su derecho por ser personalísimo es intransmisible e incesible (Art. 878 C.C.); el tenedor de una cosa dada en prenda (Art. 2418 idem); el acreedor anticrético en las mismas condiciones, y el titular de un derecho de retención para recuperar la tenencia de la

cosa, estando en ejercicio de su derecho, aunque en este último caso parece que si el retenedor se desvincula materialmente de la cosa, el derecho de retención se pierde o desnaturaliza.

*El poseedor.*—Aunque la posesión es un hecho, como ante terceros el poseedor es reputado dueño (artículo 762 C.C.), es evidente que puede ceder el uso o el uso y goce de la cosa poseída en condiciones similares al propietario, siéndole, en consecuencia, aplicable las mismas reglas que a éste.

*El arrendador.*—Hablar del arrendador como legitimado distinto de los grupos anteriores parecería, redundante, ya que en la mayoría de las veces tal calidad coincide con la de dueño o titular de un derecho real o poseedor. Mas, sucede que en ocasiones tales calidades no concuerdan como ocurre en los eventos de propiedades administradas por el Banco Central Hipotecario, Secciones de los Bancos mal llamadas Fiduciarias, Agencias de Arrendamiento, etc. En todos estos casos, es evidente que el arrendador se encuentra legitimado para instaurar el juicio de lanzamiento sin que requiera poder o autorización especial del dueño o poseedor, llegado que sea el caso de la restitución de la cosa.

Lo que acaba de decirse del arrendador, le es aplicable al subarrendador o cedente, cuando para ello esté facultado conforme al artículo 2004 del C.C. y al caso de sustitución del arrendador por los acreedores de éste (art. 2023 idem).

*Administradores de bienes ajenos.*—Conforme a los principios generales que gobiernan el mandato, el mandatario está facultado para ejecutar actos de "administración", salvo prohibición especial para ciertos y determinados casos (arts. 2142, 2157 y ss. C.C.). Dar en arrendamiento, comodato, etc. un bien de aquéllos que el mandatario administra, constituye sin duda un acto de mera administración, como que en estos casos el arrendador, comodante, etc., sólo pierde el goce del bien, el cual está representado para él por las prestaciones equivalentes, sin que ello apareje las consecuencias propias de un acto de disposición.

Por consiguiente, los mandatarios o administradores pueden ceder la tenencia de la cosa y en tal evento estar legitimados para obtener la restitución de la cosa objeto de la relación precaria, si fuere necesario (art. 2158 C.C.).

Previas las observaciones anteriores y sin detenernos en consideraciones acerca de las disposiciones que en cada caso se citan, podríamos considerar como legitimados activamente a los siguientes:

a) El mandatario respecto del bien del cual el tercero es mero tenedor; b) El depositario en relación con la cosa depositada (artículos 2236, 2240 y 2253 C.C.); c) El secuestre en lo tocante a los bienes materia del depósito y cuya administración le fué conferida (art. 2278); d) Los tutores y curadores en relación a los bienes de sus pupilos (arts. 428 y 496 C.C.); e) Los ejecutores testamentarios o albaceas con tenencia y administración de bienes (arts. 1297, 1327 y ss. C.C.); f) El padre de familia en relación a los bienes del hijo sobre los cuales la ley le confiere el derecho de usufructo y administración (arts. 291, 293, 295 y ss. C.C.), teniendo en cuenta las limitaciones que indican los artículos 304 y 496 del Código Civil (14); g) Los herederos, cuando no habiendo albacea nombrado, corra a su cargo la administración de los bienes de la masa herencial; h) Los curadores de bienes del desaparecido (art. 561 y ss. C.C.), de la herencia yacente (569 y ss.) y de los bienes del hijo póstumo (art. 573), con las restricciones que se indican en los artículos 575 y siguientes del Código Civil; i) El síndico de la quiebra o del concurso en relación a los bienes de la masa; j) El administrador de la cosa ocupada de hecho (Leyes 57 de 1.915 y 200 de 1.936), etc., etc.

Finalmente, de acuerdo con lo que dispone el artículo 1.115 del Código Judicial, los mismos legitimados pasivos pueden accionar contra la persona que tiene derecho a exigir la restitución de la cosa dada en tenencia, a fin de que se la reciba, adoptando el procedimiento indicado en el Capítulo II del Título XXXVII del C. de P.C.

23).—*Legitimación pasiva.* A manera de enunciado general y adoptando los criterios indicados para saber cuando una determinada relación es de mera tenencia, podemos afirmar que toda persona que tenga en su poder una cosa reconociendo dominio ajeno sobre ella y que se halle en la obligación de restituirla, está obligada a soportar la carga de ser demandada en acción de tenencia, si la restitución no se lleva a efecto en forma voluntaria.

Lo anterior que en teoría resulta bien sencillo de afirmar, en la práctica no parece enteramente exacto, ya que pueden presentarse situaciones en las que una persona siendo mera tenedora de la cosa resulte antitécnico y contrario a la economía procesal el instaurarle un juicio de tenencia.

En efecto: de acuerdo con el artículo 775 de C. C., el secuestre es un mero tenedor de la cosa que se disputan dos o más personas, cosa que está en la obligación de restituir a quien obtenga una deci-

(14) Código Civil, artículo 2.027.

sión a su favor (arts. 2273 y 2281 ibidem). Es evidente que el secuestre, en caso de negarse a restituir la cosa en forma voluntaria, podría ser demandado en acción de tenencia con tal fin. Sin embargo, resulta más práctico y así se hace a diario, que la orden de entrega se cumpla en la forma prevenida en el Capítulo I. del Título XV del C. Judicial que se refiere a la ejecución de las resoluciones judiciales.

Lo que se dice en relación con el secuestre y por los mismos motivos, puede sostenerse también para el caso de que una persona tenga en su poder la cosa en ejercicio del derecho de retención, luego que sea el tiempo de exigir que se restituya, a pesar de lo que sobre el particular dispone el artículo 1.115 del C.J. Es evidente que así debe ser ya que el derecho de retención o se reconoce en la sentencia o al momento de ejecutarse ésta (arts. 1.108 y 1.109), siendo lo más práctico *suspender* la ejecución del fallo hasta cuando el interesado en la entrega demuestre que ha solucionado o garantizado el crédito en su contra. Cumplida tal condición, el fallo es susceptible de ejecución en forma indiscutible, haciendo uso de la fuerza si fuere necesario.

En la compraventa, es evidente que el comprador es un mero tenedor de la cosa, en tanto esté vigente el pacto de reserva de dominio, según opinión de la Corte (15); pero en caso de que el comprador incumpla sus obligaciones, la acción propia para recuperar la cosa entregada no es la de tenencia, ya que primero debe declararse resuelto el contrato y, en tal evento, lo conducente es la ejecución de la decisión que así lo declare y en donde debe resolverse también acerca de las prestaciones mutuas a que haya lugar.

Si se acepta, como de hecho se ha aceptado (16) que el promitente que ocupa la cosa prometida en venta es mero tenedor, en caso de incumplimiento de la promesa no sería viable el juicio de tenencia para el recobro de la cosa ocupada. En tal hipótesis, lo procedente sería instaurar la acción de resolución del contrato de promesa de venta y perseguir la ejecución del fallo que así lo declare.

Muchos otros casos se encuentran en la práctica diaria a los cuales teóricamente le serían aplicables las anteriores consideraciones, como ocurre con el ocupante de la cosa que se pretende vender y que está sometida a prueba, evento en el cual también puede hablarse de tenencia, etc.

(15) Sent. Sala de Negocios Generales, Sept. de 1959. G. J. Tomo XCI, 672.

(16) Gaceta Judicial, Tomo XXVIII, 70.

Hechas las anteriores observaciones, no obstante lo antitécnicas que resultan las enumeraciones sobre todo en materias jurídicas ya que en la mayoría de los casos son incompletas o inexactas, enunciaremos algunos casos en que es claro que el tenedor, al no restituir voluntariamente la cosa sobre la cual recae la relación precaria, puede ser demandado con tal fin.

Así tenemos como legitimados pasivos: el usufructuario, una vez extinguido su derecho (arts. 863 y ss. C.C.); aquí puede comprenderse al padre de familia, terminado que sea su derecho de usufructo sobre los bienes del hijo (arts. 292 y ss. C.C.); el fideicomisario (822 idem.); el usuario o habitador (art. 871 idem.); el tenedor de la cosa dada en prenda (2236, 2253 y ss. 2264 y 2281 del C.C.) con la salvedad hecha al depositario judicial; el acreedor anticrético (2467 id.); el arrendatario y subarrendatario (arts. 2.005 C.C. 1.116 del C.J.); el comodatario (arts. 2.200, 2.205, 2.219 y 2.220 C.C.); los tutores y curadores de bienes, cuando cesen en el ejercicio de sus cargos (arts. 504, 506, 579 y 580 C.C.); el ocupante de un bien sin título alguno, etc.

## CAPITULO CUARTO

### *Lanzamiento del arrendatario*

24).—*Crítica a la rúbrica del capítulo.* El Código Judicial anterior, influido como estaba por la ley de Enjuiciamiento Civil de España, denominaba el Capítulo de que se trata con el de juicio de "Desahucio y Lanzamiento" (1), terminología ésta que en sí constituía un serio error de apreciación jurídica, ya que conforme a lo que estatuye el Código Civil, el *desahucio* no es otra cosa que el aviso dirigido por el arrendador al inquilino o por éste al primero en el sentido de ponerlo en conocimiento de su intención de poner fin al contrato para el cual no se estipuló término de duración.

Por ello, al expedirse la ley 105 de 1.931, se varió la denominación, dándole a este juicio el de "Lanzamiento del arrendatario", expresión ésta que tampoco da una idea clara del contenido del capítulo. Con razón se ha dicho que mejor habría sido denominarlo "Restitución de la cosa arrendada" ya que en dicho capítulo se reglamentan las acciones relacionadas con la terminación del arriendo y la restitución de las cosas dadas a ese título.

Al decir "*lanzamiento del arrendatario*" —opina un comentarista— parece que el código contemplara únicamente el arrendamiento de inmuebles y no sólo a ello debe la ley atender. Supongamos, por ejemplo, que se trata de alquiler de animales, carruajes o muebles en general: en el juicio que el arrendador promueva para recobrar esos bienes no parece propio decir, como dice el artículo 1.103 "vencido el término del traslado de la demanda, el Juez decreta el lanzamiento si el inquilino no se opone a la entrega", pues en tales casos ni el demandado es inquilino, ni lo que debe decretarse es el lanzamiento, sino simplemente la restitución de la cosa" (2).

Da una idea más clara de la glosa anterior la práctica forense, ya que se estila en la parte resolutive de la sentencia decretar o mejor ordenar la restitución de la cosa al actor dentro del término indicado por la ley (art. 1.106) y se previene al demandado de que, si no la hiciere dentro del indicado término, será lanzado por la fuerza.

(1) Denominación que se conserva en la Ley de Enjuiciamiento Civil Española, como puede leerse en la Sección Primera del Título XVII de dicha obra.

(2) Ramón Gómez Cuéllar, COMENTARIOS AL CODIGO JUDICIAL, pág. 263. Imprenta Nacional, 1933.

25).—*Demanda.* El libelo por medio del cual se impetra la restitución de la cosa arrendada, sea esta mueble o raíz, debe llenar las exigencias formales comunes a todas las demandas y contener, además, una identificación completa del bien objeto de la acción (artículo 205, 217 y 222 del C.J.). La demanda deberá presentarse personalmente a la Oficina que corresponda con identificación del actor en la forma prevenida por el artículo 1º de la ley 39 de 1.961, en armonía con el 223 del C.J.

26).—*Pruebas que deben acompañarse a la demanda. Causales de lanzamiento.* Además de las pruebas tendientes a acreditar la personería de las partes, el actor, aunque no lo dispone así expresamente la ley, deberá probar plenamente la existencia del contrato de arriendo.

No exige la ley una prueba determinada para la comprobación de la legitimación de la causa; pero, como el contrato de locación no es solemne, él puede acreditarse por los medios ordinarios de prueba: confesión de parte, declaraciones de testigos, escritura pública registrada, documento privado, etc., teniendo en cuenta, eso sí, la restricción probatoria consagrada por el artículo 91 de la ley 153 de 1887, por razón del monto de la obligación, en este caso el valor del precio o renta.

Cuando la prueba consista en declaraciones de testigos, no puede olvidarse que si hay lugar a período probatorio, las declaraciones deben ser ratificadas conforme a lo prescrito por el artículo 693 del Código de Procedimiento Civil.

Que a la demanda deba acompañarse la prueba del contrato en todos los casos, aunque la ley no disponga así para todas las causales en que procede el lanzamiento, es una cuestión apenas obvia y lógica, pues precisamente se va a demostrar que el contrato de arrendamiento "ha terminado". Mal podría el Juez pronunciarse acerca de una presunta desvinculación contractual si no aparece que ella haya existido, así hubiera sido en forma verbal.

Más claro era el artículo 4º de la ley 58 de 1.905 cuando disponía que "la solicitud sobre desahucio deberá presentarse con la prueba del contrato al Juez del Municipio donde esté situada la finca..." Y, aún más todavía resulta el artículo 1070 del Proyecto de Código Judicial, al decir que "a la demanda para que el arrendatario restituya al arrendador la cosa arrendada, deberá acompañarse por lo menos prueba sumaria del contrato de arrendamiento y de que éste ha terminado por cualquiera de las causas previstas en el Código Civil".

Dispone el artículo 1.104 del C.J. que a la demanda debe acompañar el actor la prueba de que el arriendo ha terminado por cualquiera de las causas establecidas en la ley. Partiendo del principio consagrado en este texto, veamos ahora con más o menos detalle cada una de las causales de lanzamiento que contempla la disposición acotada y las pruebas que en cada caso es necesario aducir con el libelo.

1ª).—*Expiración del término.* Cuando la causa de terminación del contrato y la consiguiente restitución de la cosa se funda en la expiración del tiempo de duración estipulado, el demandante debe demostrar la existencia del contrato en donde conste tal estipulación.

2ª).—*Terminación del uso especial.* Si la pretensión del demandante se sustenta en la expiración del arrendamiento por haberse hecho el uso especial a que estaba destinada la cosa, o por la costumbre, deben acreditarse plenamente dichas circunstancias. Si se trata de la costumbre, sostienen algunos que debe demostrarse su existencia conforme al artículo 700 del C. Judicial y otros, por el contrario, opinan que ello debe hacerse con una certificación de la Cámara de Comercio del lugar. Sin embargo, consideramos que la razón está de parte de los primeros ya que el artículo 700 del C. J. se encuentra dentro del estatuto probatorio civil que es de orden público y posterior a la ley 28 de 1.931, que confiere a las Cámaras de Comercio como función "recopilar los usos y costumbres mercantiles" para efectos comerciales (artículo 12).

3ª).—*Objeto ilícito o destinación distinta.* Si el demandante aduce como fundamento el uso ilícito de lo arrendado, el subarriendo o cesión sin facultad para ello, o a personas de notoria mala conducta, está en la obligación de demostrar esos motivos, además del contrato (3).

4ª).—*Mora en el pago de la renta o canon.* Si ha habido mora en el pago de la renta en un período entero y es esta la causal que se invoca, deberá presentarse también la prueba de que se han hecho al inquilino dos requerimientos privados o judiciales, entre los cuales medie por lo menos cuatro días y de que no prestó oportunamente la caución de que trata el artículo 2035 del Código Civil.

De acuerdo a la teoría general, la mora en el cumplimiento de las obligaciones puede producirse en alguna de las siguientes formas:

a) por la simple llegada del término en las obligaciones a plazo fijo (mora automática); b) mediante un requisito adicional al retardo—requerimiento—, en las obligaciones a término indefinido, o en al-

(3) Código Civil, arts. 1.996, 2.004, 2.016, 2019, 2.026, inc. 3ª, 2.030 y 2.931.

gunas de aquellas que, a pesar de tener señalado un plazo, se ha tenido en cuenta para exigir, además del vencimiento mismo del término, la reconvencción del deudor como elemento indispensable para constituirlo en mora. Esta es más o menos la doctrina contenida en el artículo 1.608 del Código Civil.

Ahora bien, armonizando este texto con el artículo 2035 *ibídem*, resulta que la mora en el pago del precio del arriendo no es automática. Para que ella se de y, en consecuencia, el arrendador pueda ejercer los derechos de *terminación* del contrato se requiere, además del vencimiento del término, el lleno de ciertos requisitos, sin los cuales el arrendatario no puede colocarse en la calidad jurídica de deudor moroso.

Es por ello por lo que el artículo 2035 citado, con un espíritu proteccionista del inquilino, extraño por cierto a la concepción individualista del Código, preceptúa que producido el retardo en un período entero de la renta, el arrendador, antes de poder hacer valer la facultad de desvinculación que se deriva como consecuencia del incumplimiento, deberá requerir al inquilino para que le pague, por dos ocasiones por lo menos, con intervalos mínimos de cuatro días entre ellos. Aún más, de acuerdo a la misma norma, el arrendatario retardado y requerido que no pudo atender de inmediato la reconvencción, puede todavía defenderse y evitar su desalojo de la finca presentando caución de que pagará el canon o canones que adeuda, dentro de un plazo relativamente amplio, no inferior a treinta días.

En la práctica, el derecho que asiste al inquilino para caucionar su deuda en el término que le fije el juez, resulta nugatorio por cuanto ni en los escritos en que se solicitan los requerimientos ni los funcionarios encargados de hacerlos le hacen conocer al requerido tal derecho. Por ello consideramos que no se violaría el principio dispositivo que inspira y orienta el proceso civil, por el hecho de que el Juez le hiciera conocer al inquilino la facultad que la ley le confiere.

En relación con los requerimientos, la mayoría de los doctrinantes nacionales (4) y los Tribunales y Juzgados del país, han venido sosteniendo la viabilidad de la renuncia del derecho que tiene el arrendatario a que, previamente a la constitución en mora, se le requiera en la forma antes indicada. Argumentan los sostenedores de esta tesis que se trata de un derecho conferido por la ley al inquilino que

(4) Julio González Velásquez, INSTITUCION PROCESAL CIVIL COLOMBIANA, comentarios al art 1.104. Editorial Siglo XX. 1946. D. 345.71. G643i. Hernando Morales Ob. cit., Tomo II, pág. 125.

mira sólo al interés particular del renunciante y cuya renuncia no está prohibida por la ley (art. 15 del C.C.).

Admitiendo tal tesis, la cual en nuestro concepto no puede generalizarse para todos los casos de arriendo, y se aduzca como causal del lanzamiento la mora en el pago de los cánones, lo propio será demostrar la existencia de la cláusula contractual que contenga la renuncia; si élla no existe, deberá procederse como se ha indicado antes.

Es frecuente encontrar en la práctica cláusulas contractuales en donde se estipula el pago anticipado de la renta con la adición de que él tendrá que verificarse dentro de los tres primeros días del período, por ejemplo. Vencidos los tres primeros días del ejemplo sin que el pago se haya verificado, se acude en demanda de lanzamiento del inquilino presuntamente moroso, sin reparar que varios son los preceptos que exigen la mora en *un período entero*.

En situaciones como la propuesta, la demanda lo mismo que las pruebas a ella acompañadas deben ser analizadas con cautela, a fin de evitar que se incurra en violación de textos que en forma casi excepcional regulan lo relativo a la mora en el contrato de arriendo, como lo hemos venido anotando a través del estudio de esta causal.

Hasta tanto se complete un período entero, el arrendatario se hallará dentro del *simple retardo* pero no en mora, pues como lo dice el tantas veces citado artículo 2035. para que ella se estructure con entidad suficiente para servir de causa a la acción de lanzamiento, se precisa que haya perdurado un período entero, a más de los requerimientos. Así se explica por qué se ha definido la mora como el retardo culpable en el cumplimiento de una obligación, unido al requerimiento de parte del acreedor.

De otra parte, según el artículo 1524 del Código Civil y las enseñanzas de la doctrina, "no puede haber obligación" sin una causa real y lícita, entendiéndose por causa "el motivo que induce al acto o contrato", y que en los contratos bilaterales, la causa de la obligación de una parte es la obligación de la otra, o mejor, la ejecución de ésta por la contraparte.

De consiguiente resulta, que cuando el contrato es de arrendamiento, la causa de la obligación que tiene el inquilino de pagar el precio o renta convenido está constituida por el *uso efectivo* de la cosa dada en arriendo y, por tanto, mientras la cosa no haya prestado el servicio a que fué destinada en la convención o que de otros criterios se deduzca, la obligación de pagar el precio *carece de causa*.

Si en tales condiciones se incoa la acción de restitución de la cosa arrendada, ella no podría prosperar por ausencia de una de las condiciones axiológicas del derecho de acción: *la causa pretendi*.

El precepto del artículo 2035, que exige un número plural de requerimientos, únicamente es aplicable en caso de mora referida a los arrendamientos de casas y edificios. Tratándose de cosas en general, y aún de predios rústicos, no es necesario más que un requerimiento para constituir en mora al inquilino que no paga, conforme al mandato del artículo 2007 *ibídem*.

*Cómo se hacen los requerimientos.*—Los requerimientos de que se ha venido hablando, se solicitan y tramitan conforme al artículo 325 del C. de P. C., por medio de escrito dirigido al Juez del domicilio del demandado, o de cualquiera de ellos a prevención, si tuviere varios o al de la mera residencia (reglas 1ª y 3ª del art. 152 C.J.). Cuando el presunto demandado no se encuentra o se oculta, acreditado sumariamente este hecho, los requerimientos pueden hacerse por medio de aviso o cartel fijado en la puerta principal del inmueble, en la misma forma que se autoriza para el auto admisorio de la demanda de lanzamiento. Así lo preceptúa el inciso final del artículo 1114 del C.J., precepto este que debió colocarse en la última parte del artículo 1.103 *ídem*.

Los anteriores son los llamados *requerimientos judiciales* y que en la práctica reciben un tratamiento igual al de otras diligencias extrajudiciales, contrariamente a lo que acontece en otras legislaciones como la chilena en donde están atribuidos en forma privativa al juez que deba conocer del juicio respectivo. Fuera de los judiciales, existen los *requerimientos privados* consistentes en avisos, comunicaciones, privadas, etc., que también son admisibles si aparecen comprobados.

Lo que en nuestro ordenamiento procedimental se denomina *requerimiento judicial*, en el derecho uruguayo se le llama *constatación judicial* de la mora del mal pagador, considerada como una diligencia preparatoria imprescindible para iniciar la acción tendiente a obtener la desocupación y entrega del inmueble arrendado, *en todos los casos*, exista o no término contractual pendiente.

De acuerdo al artículo 10 de la Ley N° 8.153 de 16 de Diciembre de 1.927, "considérase incurso en mora al arrendatario que no paga el alquiler o renta dentro de los diez días siguientes a la intimación judicial. Esta no podrá ser hecha sino diez días después de aquél en que el pago debió efectuarse.

Comentando la *constatación judicial*, se expresa así la Profesora Marta Jardí Abella: "La intimación deberá ser hecha diez días después de aquél en que debió pagarse, de modo que el día fijado para el pago no cuenta. Desde el día de la intimación judicial el demandado dispone de otros diez días para efectuar el pago; pero tampoco se cuenta el día de la intimación porque la ley dice: "dentro de los diez días siguientes a la intimación". Sólo cuando el arrendatario no efectuare el pago dentro de esos diez días, se considerará moroso pagador.

"Este es el régimen general para la constatación de la mora del mal pagador; pero si se pretende la *recisión* del contrato, por existir plazo contractual pendiente y obtener el subsiguiente desalojo, no se puede llegar a la constatación de la mora, sin las condiciones del art. 11 de la Ley N° 8.153 de 16 de Diciembre de 1.927, es decir, sin esperar la falta de pago de dos períodos de renta, si el pago es por períodos de meses de tres y de uno, si es por períodos mayores.

"Este régimen de la mora del arrendatario se completa con la nulidad de la cláusula que establece la caída en ella por el sólo vencimiento del término, de acuerdo con lo preceptuado por el artículo 18 de la ley N° 8153 de 16 de Diciembre de 1.927" (se ha subrayado (5)).

5ª).—*El desahucio*. Si el actor demanda con base en que *desahució* al presunto demandado (causal de muy poca ocurrencia) porque no fue estipulado lapso de duración del arriendo, ni es determinable por el uso especial del objeto o por la costumbre, debe demostrar, fuera del contrato, el cumplimiento del requisito del desahucio (art. 2009 C. C.).

La institución del desahucio, conceptualmente, no ha tenido el mismo sentido en nuestro ordenamiento positivo, como se anotó al iniciar el estudio de este capítulo. La ley 58 de 1.905, que reglamentaba el juicio de "Desahucio y Lanzamiento", disponía en su artículo 2º: "El desahucio tiene por objeto la restitución por parte del arrendatario de la finca arrendada, y consiste en la notificación o aviso de la solicitud del arrendador en que dando por terminado el contrato, pide la desocupación y entrega de la finca". Y, el artículo 9º de la misma ley disponía: "El auto que dicte el Juez en que decreta el desahucio no es apelable, y debe ejecutarse después de pasados los términos fijados en el artículo 3º (30 días para bienes urbanos y 90 para los rústicos), haciendo uso de la fuerza si fuere necesario".

(5) Marta Jardí Abella. EL JUICIO DE DESALOJO. pág. 142, Ediciones Facultad de Derecho de la U. de Montevideo, 1956. D. 345.71 - J. 37e.

Como se ve, el desahucio era en aquella ley un verdadero juicio especial, cuestión enteramente explicable si se tiene en cuenta que en otras legislaciones como la chilena y española, de las cuales fueron tomadas nuestras instituciones procedimentales, se habla precisamente de los juicios de "desahucio y lanzamiento" al regular lo relativo a los juicios de tenencia.

En esta forma se explica también la crítica que a la ley 58 de 1.905 se hace en la exposición de motivos del actual Código Judicial, cuando al referirse al Título XXXVII se expresó así la Comisión: "Desde la rúbrica *juicio de desahucio y lanzamiento*, la ley 57 de 1.905 contiene errores capitales de apreciación jurídica.

"El *desahucio*, conforme a las voces clarísimas del Código Civil, no es otra cosa que el aviso, que bien puede ser privado, dirigido por el arrendador o por el arrendatario a la otra parte de su intención de dar fin al contrato que no tiene término señalado para su duración. No puede, pues, hablarse de *juicio de desahucio*, y muchísimo menos decirse por la ley procedimental que éste tiene cabida cuando ha terminado el contrato".

Profundizando un poco más acerca del sentido de esta institución, se encuentra que el desahucio es una aplicación del principio de la buena fé, pues se encamina a evitar los posibles perjuicios que se seguirían para una parte por la terminación intempestiva de la relación contractual.

Según el Código Civil, el desahucio debe darse con una antelación igual al tiempo que se toma como medida para el pago de la renta, es decir, que será de un mes, una quincena, una semana, etc., según que el pago se verifique por períodos mensuales, quincenales o por semanas, etc. La parte que ha desahuciado a la otra no podrá revocar después el desahucio a su arbitrio, pues debe contar para hacerlo con el consentimiento de la otra. Así lo dispone expresamente el artículo 2.010 del Código Civil; disposición esta que tiende a evitar, en tal forma, a la parte desahuciada los perjuicios que podría sufrir con la revocación (V. arts. 2.009, 2.014 y 2.034 C. C.).

El desahucio de que se ha venido hablando no requiere solemnidad de ninguna clase, pero es conveniente, para efectos probatorios, que se dé siempre por escrito. Y, puede ser, al igual que los requerimientos, privado o judicial (arts. 325, 1104 letra c) y 1.114 inc. final C.J.).

6ª).—*Imposibilidad para el uso de la cosa*. Si la demanda se propone con fundamento en que la cosa arrendada necesita reparacio-

nes que en todo o en parte imposibiliten su goce, deberá el actor dar también la prueba de dicha circunstancia al igual que del contrato (art. 2024 C.C.).

Las anteriores son las que el artículo 1.103 del C. Judicial indica como causales para dar por terminado el contrato de arrendamiento y solicitar la consiguiente desocupación y entrega de la cosa; mas, como ocurre en casi todos los casos de enumeraciones, el artículo no comprendió todas las causales de terminación del arriendo, ya que nada dijo en relación con las previstas por los artículos 496, 2008 ord. 1º y 3º, 2.016, 2.019, 2.026, 2.030 y 2.037, etc. del Código Civil. Más técnico habría sido, como dicen algunos comentaristas (6), que el texto se hubiera dejado con el sólo enunciado de su primera parte.

El artículo 946 del C.C. prohíbe arrendar los bienes raíces por más tiempo del que falte al incapaz para alcanzar su mayoría de edad. De suerte que si de hecho así se hiciere, el arrendamiento se extingue cuando el menor llegue a ser capaz, sin perjuicio de las indemnizaciones que el arrendatario pueda exigir al guardador, cuando éste no le puso en conocimiento de tal circunstancia y sin perjuicio, también, de que el menor ratifique dicho contrato, haciéndolo subsistir cuando adquiera la plena capacidad.

El artículo 2.008, después de disponer que el arrendamiento de cosas expira de los mismos modos que los otros contratos, contempla cuatro causales de terminación, de las cuales el artículo 1.103 del C.J., sólo se refirió a una de ellas.

El numeral primero dispone que el arrendamiento expira por la destrucción total de la cosa arrendada, cuestión que no requiere comentario alguno, ya que es apenas lógico que si falta el objeto del arriendo éste no puede subsistir y que, por tanto, se extinga la relación obligacional, sin perjuicio de que tenga que indemnizarse al locatario, cuando la destrucción del bien obedezca a hecho o culpa de una de las partes o de las personas por quienes ella deba responder (art. 2347 y ss. del C.C.).

En el numeral tercero del mismo artículo 2.008 se prevee como causal de terminación del contrato, la extinción del derecho del arrendador y, luego, en los artículos sub-siguientes, se regula en forma exhaustiva la operancia de esta causal de terminación.

(6) Entre otros, Luis Felipe Latorre. PROCEDIMIENTO CIVIL COLOMBIANO (Trámite de los Juicios). Segunda Edición, Librería Voluntad. 1951. Ramón Gómez Cuéllar y Julio González Velásquez, en sus respectivas obras ya citadas.

La extinción del derecho del arrendador sobre la cosa arrendada, incide en el contrato que lo liga con el arrendatario, produciéndose, generalmente su extinción. Pero para una mayor inteligencia de la causal, es preciso tener en cuenta si la extinción del derecho ocurrió en forma independiente a su voluntad o si, por el contrario, ella se debió a hechos completamente suyos y queridos por él, como que los efectos en una y otra hipótesis, varían fundamentalmente.

I) Cuando el derecho del arrendador se extingue por un hecho independiente de su voluntad, como cuando es usufructuario y termina su derecho de usufructo, o si teniendo el bien bajo condición resolutoria se cumple ésta, o cuando es expropiado por una entidad de derecho público el bien materia del contrato, el arriendo termina sin que haya lugar a pago alguno por perjuicios en favor del arrendatario. Es claro que no hay derecho de indemnización alguna por cuanto éste renglón se fundamenta siempre en un hecho voluntario o culposo de una persona, hecho que en estas hipótesis no se da; salvo el caso de que el locador se haya atribuido al momento de contratar una calidad jurídica distinta, como cuando dijo contratar como propietario absoluto de la cosa, siendo apenas propietario fiduciario.

Sin embargo, hay que tener presente que si el arrendador era usufructuario y caduca su derecho, dicha terminación no extingue *ipso facto* el contrato, pues subsiste por el tiempo necesario para que el arrendatario perciba los frutos pendientes, si los hubiere. Entre tanto, el nudo propietario en quien se consolidó el dominio, asume la calidad jurídica de arrendador, *sustituyéndose así* en los derechos y acciones del usufructuario (arts. 2.016 y 2.017 C.C.).

Si el derecho del arrendador expira por *expropiación* que lleva a cabo una entidad de derecho público, hay que sub-distinguir: 1º). La entidad expropiante debe dar al arrendatario el tiempo necesario para que utilice las labores principales en el predio y perciba los frutos pendientes; 2º). Si la causa de la expropiación fuere de tanta urgencia que no permita demoras, la entidad expropiante debe pagar al arrendatario los perjuicios que sufra, como debe hacerlo en todos los casos en que el contrato conste por escritura pública, ya que en virtud de la publicidad que rodea a estos instrumentos se supone que cuando se decretó la expropiación, la entidad de derecho público conoció la existencia del arriendo de que era objeto el bien (arts. 1.988, inc. 3º, 2.018 C. C. 852 y 853 C.J. y la ley 1ª de 1.943).

Con fundamento en los preceptos últimamente citados, han sostenido algunos que el arrendatario que derive su derecho de un con-

trato de arrendamiento, solemnizado por escritura pública registrada, tendrá que ser citado como parte en el proceso de expropiación, so pena de nulidad y que la indemnización respectiva estará a cargo de la entidad o persona a cuyo favor se decrete; existencia de contrato que se colegirá del certificado del Registrador referente al inmueble que se adjunta a la demanda. Y concluyen, que se justifica tal intervención en el juicio, más que por disposiciones legislativas (Art. 853 C.J.), por ser el derecho del arrendatario, cuando está constituido por escritura pública, *un auténtico derecho real* (7).

Argumenta así el autor citado:

“...En cambio, cuando el contrato de arrendamiento no reúne la solemnidad anotada, el arrendatario no será parte en el juicio de expropiación y no tendrá que ser indemnizado por la entidad expropiante. Así, producida la expropiación y ordenada la entrega del inmueble, la entidad sucesora en el dominio no está obligada a respetar el contrato y la entrega podrá efectuarse sin que ello implique desconocimiento de los derechos del arrendatario por parte de la misma. En este caso, aunque la extinción del derecho del arrendador no se debe a hecho o culpa suyos, *surge la acción personal del arrendatario contra éste para la indemnización de todo perjuicio proveniente de la terminación del contrato* (se subraya). Creemos que esta sea la solución más justa porque legalmente el arrendatario no tendrá acción contra el expropiante y el arrendador, por causa misma del juicio, ha sido indemnizado de todo perjuicio, no sólo por daño emergente sino también por lucro cesante y en este rubro, precisamente, se ha tenido en cuenta lo que por concepto de arrendamiento percibía el sujeto expropiado.

“Por otro lado, agrega el Dr. Betancur Jaramillo, el artículo 2.019, a más de la culpa, exige otra circunstancia concurrente, cual es la de que el causahabiente no esté obligado a respetar el arriendo; obligación que no reza con la entidad pública expropiante porque ella, por razones de servicio, precisa el bien para su inmediata incorporación al uso público”.

Las acuciosas y bien fundamentadas observaciones del autor citado en los anteriores apartes, en lo que dice relación a la intervención del inquilino en el juicio de expropiación, cuando el contrato de donde emana su derecho consta por escritura pública, y la manera como opera la indemnización del mismo, cuando a ella hubiere lugar,

(7) Carlos Betancur Jaramillo, ESTUDIOS DE DERECHO. U. de A. Vol. XXXIII, N<sup>o</sup> 65, pág. 83 y ss.

no merece ningún reparo y antes, por el contrario, con esta forma de interpretación de los textos legales, se conjugan y protegen tanto el interés de la colectividad como el de los particulares y se armonizan con el derecho administrativo los principios que regulan el complejo aspecto de la intervención de terceros en el juicio. Mas, por lo que toca a la afirmación de la naturaleza real del derecho del arrendatario, cuando el contrato consta por escritura pública, no obstante la fuerza de los argumentos que aduce para sustentar la tesis, observamos que la mayoría de la doctrina no la encuentra de recibo, esgrimiendo como contra-argumento la consideración de que el derecho del inquilino, no conlleva en realidad las notas características propias del derecho real, a saber: derecho de persecución y preferencia.

Por la trascendencia que tiene el determinar la naturaleza del derecho del arrendatario, para los efectos de la oposición de terceros a las sentencias de lanzamiento, al estudiar el cumplimiento de tales providencias, volveremos sobre este particular, no sin antes transcribir lo que sobre el particular opina el Dr. Guillermo Ochoa González, así:

"Sin embargo, la mayoría de la doctrina rechaza esta opinión —se refiere a la de la naturaleza real del derecho del arrendatario—, sosteniendo que a pesar del respeto que en ocasiones merece el arriendo, éste no configura un poder inmediato y directo del arrendatario sobre la cosa con las características y atributos del verdadero derecho real; que la estructura del arrendamiento es siempre la de una relación personal entre arrendador y arrendatario, en cuya virtud el primero debe permitir que el segundo use el bien; que el respeto de terceros adquirentes —cuando el arriendo consta por escritura pública—, no es más que la consecuencia de la publicidad que tienen esos instrumentos, de tal manera que mal podría un arrendatario ser perjudicado por quien adquirió el bien a sabiendas de la existencia del contrato, y que, en fin, si es el respeto de terceros el que lleva a concluir la existencia de un derecho real, todos los arrendamientos, consten o no, por escritura pública, generarían ese derecho real, pues todos deben respetarse por ciertos adquirentes a título gratuito". (8).

II).—Si el derecho del arrendador sobre la cosa se extingue no por causas ajenas a su voluntad sino *por hechos completamente suyos*, como cuando vende, dona o permuta, etc., el bien arrendado o *por causas imputables a su culpa o negligencia* como cuando se resuelve

(8) Guillermo Ochoa González, notas de la Cátedra de CONTRATOS. Facultad de Derecho U. de A., 1963.

su dominio por el no pago del precio de adquisición, en estos eventos, con muy raras excepciones, el arriendo termina y el arrendador debe pagar perjuicios al arrendatario, en razón de que la terminación del contrato le es imputable. Mas, no siempre que el arrendador enajene su derecho a un tercero se produce la extinción del contrato, ya que hay adquirentes que deben respetarlo.

La tendencia dominante en las legislaciones extranjeras es la de que el adquirente ha de respetar el arriendo siempre que éste tenga fecha cierta.

En nuestro derecho, el arriendo debe respetarse por las personas que enumera el artículo 2.020 del Código Civil, a saber: 1º) Los adquirentes a título gratuito del bien, como los donatarios, herederos y legatarios, quienes deben respetar toda clase de contratos de arrendamiento sobre el bien, consten o no por escritura pública; 2º) Los adquirentes a título oneroso, tales como compradores, permutantes, etc., deben respetar el arriendo cuando el contrato conste por escritura pública; y 3º) Los acreedores hipotecarios del arrendador, a quienes se transfiera el bien en pago de sus créditos, deben respetar también el contrato cuando éste se haya celebrado por escritura pública y ésta se haya registrado primero que la hipoteca.

En relación con esta última hipótesis, extinción del derecho del arrendador por acto que le es imputable, se han dado en la práctica casos en que el dueño de la cosa arrendada la enajene a un tercero, en forma simulada, a fin de que éste, previos los trámites indicados en el artículo 887 del Código Judicial, obtenga la entrega material del bien arrendado.

En nuestro derecho, el arriendo debe respetarse por las personas que enumera el artículo 2.020 del Código Civil, a saber: 1º) Los adquirentes a título gratuito del bien, como los donatarios, herederos y fecha cierta.

Este ha sido el expediente al cual han acudido, con relativa frecuencia, los inexcrupulosos violadores de la ley, de manera especial en aquéllos lugares en donde tiene operancia el régimen de control de arrendamientos, precisamente, con el fin de burlarlo y evitar la obtención de la licencia administrativa, indispensable para instaurar la acción de lanzamiento del inquilino.

Por fortuna, los Jueces y Magistrados han sido cautelosos en sus decisiones al interpretar bien los preceptos de control que miran a proteger los derechos de los inquilinos; y, es así como han desechado acciones instauradas con fundamento en el artículo 887 citado, por

considerarlas improcedentes o por aparecer manifiesto el fraude a la ley y el abuso del derecho, no obstante que entre nosotros no existe una norma expresa que los defina y consagre, como ocurre en el derecho español.

En efecto: la acción que en el artículo 887 del C.J. se otorga en favor de la persona a quien se le ha transferido el dominio pleno o cualquier otro derecho real principal sobre un inmueble, cuya tradición legal se haya efectuado por medio del registro, para que el tradente no la retenga materialmente en su poder, exige como condición *sine qua non* que el tradente o *vendedor retenga materialmente* la cosa en su poder y es evidente que en caso de que la cosa esté arrendada, es el locatario quien tiene la aprehensión física de la cosa.

De otro lado, resulta obvio que tal acción no podría enderezarse contra el inquilino ocupante de la cosa, ya que él no es tradente ni vendedor. Si así sucediera, se violarían principios fundamentales de procedimiento, pues resultaría injurídico que mediante el trámite prescrito en el artículo citado se pudiera declarar terminado un contrato de arriendo, cuando este pronunciamiento sólo puede hacerse previos los trámites indicados en el Título XXXVII del Código de Procedimiento Civil.

En relación con lo anterior, antes de terminar esta anotación, conviene observar cómo el artículo 1.089 del proyecto de Código Judicial, varias veces referido, hace extensivo el trámite de los juicios de tenencia a la demanda que presente el adquirente de un inmueble, o un derecho de usufructo, uso o habitación, cuya tradición se haya efectuado por inscripción del título en el registro, a fin de que su tradente le haga la correspondiente entrega material, habida consideración de que "el que detenta materialmente el bien cuya tradición simbólica realizó mediante la inscripción del título en el registro, se coloca frente al adquirente, en la condición de simple tenedor y, por consiguiente, debe quedar sujeto al mismo procedimiento en que se haya todo el que recibe bienes a título precario" (9).

27).—*Notificación.* Si la demanda reúne todas las exigencias legales y a ella se agregaron las pruebas del caso, el Juzgado la admite y en el mismo auto que le da curso se ordena correrla en traslado al demandado por el término de dos días. El traslado se surte en la Secretaría, esto es, sin retirar los autos de ella (arts. 199 y 1.103, inc. 3°).

(9) Exposición de Motivos, pág. 398.

Vencido el término del traslado, háyase o no contestado, el Juez decreta la restitución impetrada si el inquilino no se opone a la entrega.

*Notificación por aviso.*—La notificación de la demanda de lanzamiento debe hacerse en forma personal al demandado, al igual que ocurre con todos los libelos. Empero, atendiendo la ley a la rapidez y brevedad con que deben sustanciarse estos juicios, autoriza la notificación del auto admisorio de la demanda por medio de un aviso o cartel que se fija por el secretario en la puerta principal de entrada al inmueble, dejando de ello testimonio en los autos, en el caso de que el demandado no sea encontrado o se oculte.

Antes de proceder a la notificación, debe aparecer de autos comprobadas las circunstancias que motivan esta forma especial de notificación, a fin de evitar arbitrariedades o mengua de los derechos del demandado, eventualidades que se presentan en la práctica con relativa frecuencia.

"Solamente, dice el Dr. Hernando Morales, después de que el secretario tenga certeza de la ausencia u ocultación del reo, podrá fijar la boleta de citación, y al dejar testimonio en el expediente de esta actuación deberá detallar las diligencias practicadas para notificar personalmente al demandado y la forma cómo llegó a convencerse de que éste no se encontraba en el lugar o que se ocultaba. De lo contrario, la notificación por boleta quedará mal practicada, y el juicio viciado de nulidad por la tercera causal del Art. 448 del C.J., ya que la ley sólo autoriza la notificación por boleta después que aparezca fundamento suficiente para inferir la ocultación del demandado o su ausencia" (10).

Como se recordará, por mandato del inciso final del artículo 1.114 del C.J., los requerimientos, en los casos en que ellos sean necesarios como condición de admisibilidad del libelo, se pueden llevar a cabo también en esta misma forma. Aunque la ley no exige expresamente que el aviso se agregue al expediente, ya que la atestación secretarial tiene el mérito de documento público (art. 682 C.J.), resulta de conveniencia dejar en los autos una copia del cartel o aviso.

Transcurrido un día, después de la fijación del aviso, dice el inciso final del artículo 1.103, se entenderá que queda surtida la notificación de la demanda.

Del contexto de la disposición en referencia, parece colegirse que la notificación por cartel sólo procediera cuando la demanda verse so-

10) Hernando Morales, ob. cit., Tomo II, pág. 126.

bre bienes raíces, pues no otra cosa da a entender cuando dice que el aviso se fijará en "la puerta de entrada del inmueble". De ser ello así, como parece que lo sea, la expresión resulta antitécnica e incompleta, pues, como se sabe, este mismo procedimiento debe adoptarse en el caso de que lo arrendado sea una cosa mueble. El vacío o duda que se observa sobre este particular no tiene cabida en el Proyecto de Código Judicial, ya que en su artículo 1.071 se dispone que tal notificación tendrá lugar "si se trata de inmuebles y no se puede hacer la notificación personal del auto admisorio de la demanda dentro de los dos días siguientes a su fecha".

28).—*Oposición del demandado.* Si el demandado se opone, el juicio se abre a prueba por el término de seis días, vencido el cual el juez decide dentro de los tres siguientes. Si la causal invocada en la demanda fuere alguna de las consignadas en los numerales a), b), d) o e) del artículo 1.104, el demandado para poder oponerse deberá consignar el valor de los cánones correspondientes a los períodos vencidos y continuará pagando los subsiguientes, en las condiciones pactadas. Así lo dispone el artículo 1º del Decreto 2613 de 1.956, que suspendió el artículo 1.105 del C. Judicial.

La consignación de estos valores se hará a órdenes del Juzgado de conocimiento, en las Oficinas autorizadas por la ley para recibir depósitos judiciales (11). Si el demandado no consigna el valor de los cánones en la forma indicada, dejará de ser oído en juicio. Pero si hiciere la entrega del bien arrendado por intermedio del juez, o lo pusiere a disposición del arrendador a satisfacción de éste, el juicio proseguirá hasta su terminación, salvo lo que en contrario convinieren las partes.

Cuando la sentencia fuere favorable al demandante, los valores depositados por concepto de arrendamiento serán entregados a éste a cuenta de los cánones que se le adeuden, y cuando fuere favorable al demandado, los valores se imputarán a arrendamientos, mejoras, expensas, etc., de acuerdo con la sentencia.

No dice la ley cuándo deba hacerse el depósito de los valores de que se trata, pero es evidente que él debe cumplirse dentro del término del traslado de la demanda, que es, precisamente, la oportunidad que tiene el demandado para formular oposición a las pretensiones del actor.

(11) La ley 2ª de 1963 y su Decreto Reglamentario indican las Oficinas en donde deben mantenerse los depósitos judiciales y cuál es el orden de prelación que debe guardarse en relación con tales oficinas.

Se ha suscitado la duda de si es suficiente el depósito de un canon de arrendamiento para la procedibilidad de la oposición, especialmente en aquellas ciudades en donde tiene operancia el control de arrendamientos, duda que surge del hecho de que el artículo suspenso disponía la consignación del "canon correspondiente a una mensualidad".

Si nos atenemos al texto íntegro del artículo 1º del Decreto 2613 citado, no parece que pueda remitirse a duda de que no es suficiente la consignación de una mensualidad para que la oposición pueda ser atendida. Por lo demás, el prementado texto contiene normas de procedimiento que no admiten excepciones por razón de circunstancias no consignadas en su texto. Aún más, el decreto 2613, tiene hoy el carácter de ley por mandato de la 141 de 1961.

De otra parte, no existe acuerdo acerca de los alcances que deba darse a la sanción que la ley establece para el demandado en el sentido de que "no será oído en juicio", en el caso de que omita el cumplimiento de la obligación de consignar los valores causados o que se causen o cuando la consignación se haya hecho en forma extemporánea. De lo que si no cabe duda es que le será vedado el derecho a formular oposición a la demanda, y, por consiguiente, la facultad de pedir pruebas e impugnar las de la contraparte, proponer excepciones, interponer recursos contra el auto admisorio, por cuanto el ejercicio de tales facultades, en el fondo, entraña oposición a las pretensiones del actor.

La consignación tiene por objeto principal darle seriedad a la oposición y evitar, en esta forma, dilaciones infundadas o temerarias. No obstante, parece excesivo que al inquilino se le pudiera sancionar en tal forma que se le negara el derecho a interponer el recurso de alzada contra la sentencia definitiva, máxime que en este evento, ella se le otorgaría en el efecto devolutivo. Aún aceptando un exceso de rigorismo tal, lo que sí no puede admitirse en manera alguna, es que se le sancione también negándole el derecho de retención que se le reconoce por el artículo 1.109 del C.J. Si así fuere a más de que ello entrañaría una grave injusticia, se estaría desconociendo un derecho sustantivo consagrado por la ley en su favor. (12).

Resta por anotar que para la eficacia de la sanción aludida, no es necesario requerimiento alguno, como sí es indispensable en otros eventos de sanciones similares tales como la omisión del pago de costas, revalidación de papel incompetente, el no suministro de papel se-

(12) En contrario opina el Dr. Julio González Velásquez, ob. cit., comentarios al art. 1.109 del C. J.

llado para surtir los recursos, etc., como lo tiene sentado la H. Corte; máxime cuando en el auto admisorio de la demanda se previene al demandado acerca de la obligación que tiene de consignar tales valores y la sanción que le acarreará su negligencia en cumplirla.

29).—*Excepciones en los juicios de lanzamiento.* El artículo 330 del C.J., faculta al demandado para que, dentro del término que tiene para contestar la demanda en juicio ordinario y en los especiales en que ello es admisible, pueda proponer las *excepciones dilatorias* de declinatoria de jurisdicción, ilegitimidad de la personería, inepta demanda y pleito pendiente, y en el 335 ibídem, se indica el trámite que debe darse al incidente de excepciones.

En lo concerniente a las *excepciones perentorias*, el artículo 341 de la misma obra, preceptúa que pueden proponerse todas las que se crea tener a favor, en la contestación de la demanda o alegarlas en cualquiera de las instancias del juicio, antes de la citación para sentencia. Y el 342 siguiente, agrega que estas excepciones no son materia de incidentes de previo y especial pronunciamiento, pues que ellas se deciden en la sentencia definitiva.

De lo dispuesto por el artículo primeramente citado, concluye el Dr. Hernando Morales (13) que las excepciones dilatorias sólo pueden proponerse en aquéllos juicios especiales para los cuales la ley lo autoriza expresamente, como ocurre en el de deslinde y amojonamiento (art. 867) y que, por tanto, si de hecho se propusieren, ellas deberán ser rechazadas de plano por improcedentes.

La argumentación que se aduce para negar la viabilidad de las excepciones dilatorias en los procesos distintos al ordinario y de deslinde y amojonamiento, se basa en una consideración puramente literal. Lo que ocurre es que propuesta una excepción dilatoria, lo procedente no es *rechazarla de plano*, como lo sostiene el Dr. Morales, sino reservar su mérito para el momento de proferir el correspondiente fallo definitivo, al igual que ocurre con las excepciones propuestas dentro del juicio ordinario de menor cuantía (art. 765 C.J.).

30).—*Período Probatorio.* Si el demandado formula oposición a las pretensiones del actor y consigna oportunamente el valor de los canones adeudados, si fuere el caso, el juicio se abre a pruebas por el término de seis días. En esta oportunidad, el demandado podrá demostrar la existencia del derecho a ser indemnizado del costo de mejoras, reparaciones etc., conforme a lo que sobre el particular disponen los artículos 1.993 a 1.995 del Código Civil, en armonía con

(13) Hernando Morales, ob. cit., Tomo I., pág. 174.

el 1.109 del C.J.; podrá, así mismo, impugnar las pruebas de la contraparte y, en general, alegar todo lo que tienda a hacer valer su derecho de defensa. A su turno, el arrendador podrá alegar y demostrar que lo asiste el derecho de retención que en su favor consagra el artículo 2.000 del C.C., pero teniendo en cuenta que por mandato del artículo 1.108 del C.J., el reconocimiento de este derecho debe solicitarse conjuntamente con la demanda; podrá contra-probar a fin de infirmar las pretensiones del opositor, etc.

Cuando la demanda se promovió con fundamento en declaraciones extrajuicio y el demandado se opuso, es necesario tener en cuenta que tales testimonios deben ser ratificados, para que puedan ser apreciados en la sentencia, carga procesal que en este caso pesa sobre el actor.

Refiriéndose al mérito de las declaraciones recibidas en forma extrajudicial para probar el contrato y su extinción, dice la H. Corte Suprema de Justicia: "Pero estas dos declaraciones extrajuicio que figuran en el expediente no han sido ratificadas durante el término probatorio del presente juicio, y, por ello, no se les puede tener como prueba (C. J. art. 693), pues dada la oposición del demandado, tal requisito era necesario para acreditar, con citación de él, lo que en ellas reza" (14).

31).—*Sentencia. Contenido.* Vencido el período probatorio, si lo hubo, o el de traslado de la demanda, en caso contrario, el Juez debe proferir dentro de los tres días siguientes el correspondiente fallo, proveído que, en su forma, no difiere de las demás sentencias dictadas en otros juicios.

La sentencia debe contener, en su parte resolutive, la orden de restituir la cosa arrendada, bien al actor o a su representante. Es costumbre y así debe ser, que en la misma providencia se disponga la entrega voluntaria dentro de un término breve, con la prevención de que si así no lo hiciere el inquilino, será lanzado haciendo uso de la fuerza si fuere necesario.

Además, debe decidirse también en el fallo acerca del derecho de retención alegado por el actor o por el demandado, si se hubiere demostrado su existencia; y sobre la imputación de los cánones consignados conforme a lo prescrito por el artículo 1º del Decreto 2613 de 1.956, si tal consignación tuvo lugar.

Finalmente, la sentencia debe resolver sobre la condenación en costas, en caso de que se hubieren causado, conforme a lo que sobre

14) Gaceta Judicial, Tomo LVIII, 280.

el particular disponen los artículos 574 y 576 del C.J. y 2º del Decreto Extraordinario N° 243 de 1.954, ya que es esta la única oportunidad para hacer tal pronunciamiento.

32).—*Notificación y apelación de la sentencia.* Por disposición del artículo 1º del Decreto 2.613 de 1.956, la sentencia proferida en juicio de lanzamiento se notifica como auto interlocutorio, es decir, con inserción en los *estados* que se fijan en la Secretaría del Juzgado, pasado un día de la fecha de la providencia (art. 310 C.J.). En esta forma se excepciona la regla contenida en el artículo 309 del Código Judicial que ordena notificar por edicto las sentencias que no lo hayan sido en forma personal dentro de los diez días siguientes de ser publicadas.

El mismo artículo 1º del decreto citado, preceptúa que la sentencia y los autos que se dicten en este juicio serán apelables por el demandado sólo en el efecto devolutivo, mandato que guarda armonía con la naturaleza propia de los juicios de lanzamiento, como que él debe tramitarse en forma rápida de tal manera que no se vea entorpecido con recursos dilatorios, que miran muchas veces a prorrogarle al inquilino el goce de la cosa. Si quien apela es el demandante, el recurso se le otorgará en el efecto suspensivo, conforme a la norma general del artículo 490 del C. Judicial.

Ahora, como el artículo 1.119 del C. J. dispone que los artículos 881 a 884 son aplicables a los juicios de tenencia, y como el art. 881, ubicado dentro del trámite que regula los juicios posesorios, preceptúa que "la sentencia es apelable en el efecto suspensivo por cualquiera de las partes", se ha sostenido (15) que existe contradicción entre los artículos 1119 y 1º del Decreto 2613 y que ella debe resolverse en el sentido de que prefiere el artículo 1.119, conforme a lo que enseña el artículo 5º de la ley 57 de 1.887.

Como se observa, la contradicción es evidente y la interpretación que de ellos se hace tiene un buen fundamento. Sin embargo, ella desvirtúa el principio de la celeridad que orienta todo el Título del Código que dice relación a los juicios de tenencia. Por lo demás, el Decreto 2613 de 1.956 tiene hoy la categoría de ley y es un mandato cronológicamente posterior al artículo 1.119 del C. J. que suspendió y derogó todas las disposiciones que le fueran contrarias, entre ellas la del 1.119.

El procedimiento indicado es, pudiera decirse, el trámite común que debe dársele a las demandas en que se impetre la desocupación y

(15) Jesús M. Restrepo Barrientos, COMENTARIOS AL CODIGO JUDICIAL, pág. 471. Segunda Edición, Tipografía San Antonio, año de 1950.

entrega de los bienes dados en tenencia. Se dice común, por cuanto leyes especiales consagran diversos procedimientos, también aplicables a casos de tenencia y que si bien contienen algunas variaciones, más que todo de orden sustantivo, siguen los lineamientos generales del procedimiento estudiado.

## CAPITULO QUINTO

### *Restitución de la cosa arrendada a petición del arrendatario*

33).—*Noticia histórica.* El capítulo II del Título XXXVII del Código Judicial, fué introducido en la ley 105 de 1.931 por la Comisión Redactora, por cuanto la ley 57 de 1.905, considerada como antecedente legislativo inmediato de los juicios de tenencia, sólo se preocupó de los derechos del arrendador y guardó silencio en lo concerniente al derecho que tiene el arrendatario de que le sea recibida la cosa arrendada, en los casos en que la ley sustantiva así lo autoriza.

34).—*Causales que pueden originar esta acción.* Entre las obligaciones que incumben al arrendador está la de librar al inquilino de toda turbación o embarazo en el uso de la cosa arrendada (art. 1.892 numeral 3º). En consecuencia, el arrendador debe abstenerse de perturbar al inquilino y, además responderle por los *vicios redhibitorios* de la cosa y por la evicción que sufra en el caso de que un tercero haga valer derechos sobre el bien.

A). *Vicios redhibitorios.* Son vicios redhibitorios aquéllos que imposibiliten o dificulten notablemente el uso del bien por el arrendatario y que éste no pudo conocer por razón de su profesión u oficio. Debe tratarse de vicios materiales de los que digan relación directa a la integridad física o corporal del bien.

En general, esta clase de vicios en el arrendamiento generan efectos similares a los de la cosa vendida y que el Código Civil reglamenta en los artículos 1.990 y ss. así:

1º).—Si el vicio impide totalmente el uso de la cosa, el arrendatario puede dar por terminado el contrato aunque el vicio haya surgido después de su celebración pero sin culpa del arrendatario. Es indiferente que el arrendador conozca o no el vicio, y si éste ya existía al momento de contratar, el arrendatario tiene derecho a que se le indemnice el *daño emergente* (art. 1.991). Cuando el arrendador conocía la existencia del vicio debe indemnizar, además el *lucro cesante*.

2º).—En el caso de que el vicio impida sólo parcialmente el uso del bien, tendrá derecho el arrendatario a desistir del contrato o a que se le rebaje proporcionalmente el precio, según que la parte restante sea o no suficiente para el fin que se propuso al contratar;

podrá, además, pedir indemnización del daño emergente o del lucro cesante en las mismas condiciones del numeral anterior.

3º).—El arrendatario no puede pedir indemnización de perjuicios cuando conoció o debió conocer la existencia del vicio, ya que en tal caso asumió el riesgo de que el uso del bien llegara a ser impedido total o parcialmente, por el vicio que conoció. Tampoco tiene derecho a indemnización cuando expresamente renunció al saneamiento.

B) *Saneamiento por evicción.* Los artículos 1.988 y 1.989 del Código Civil, regulan lo relativo al saneamiento por evicción en el contrato de arrendamiento. Conforme a tales textos, el arrendatario puede ser perturbado en el uso de la cosa o por el hecho de terceros o por hechos provenientes del arrendador, así:

1º).—Los terceros pueden perturbar al arrendatario bien sea de hecho, o bien porque justifiquen algún derecho sobre el bien. Las molestias de hecho deben ser repelidas por el mismo arrendatario, mediante las pertinentes acciones de policía que consagra el artículo 984 del Código Civil. De las molestias que se ocasionen con fundamento en el derecho de un tercero, debe responder el arrendador, así: si el inquilino es evicto parcialmente, debe rebajársele proporcionalmente el precio del arriendo y por el tiempo que falte para concluir el contrato. Si la evicción fuere total o de una parte tan considerable de la cosa que el resto no sea suficiente para la satisfacción de su interés, puede exigir la terminación del contrato.

En ambos casos, el arrendatario tendrá derecho a que se le indemnicen todos los perjuicios, si la causa de la evicción fué o debió ser conocida por el arrendador y no por el inquilino; ello sin perjuicio de la validez de la renuncia que se haya hecho al saneamiento, ya que éste es de la naturaleza del contrato y no de su esencia (art. 1.992 C.C.).

Si el arrendador no conoció ni debió conocer la existencia del derecho del tercero, sólo tendrá que indemnizar el daño emergente pero no el lucro cesante, de acuerdo a lo que dispone el artículo 1.991 del C. C.

El artículo 1.989 *ibídem*, impone al arrendatario la obligación de dar aviso al arrendador de la perturbación de que es objeto, a fin de que pueda comparecer a defenderlo; si así no lo hiciere, dice el mismo texto, pagará al arrendador los perjuicios que de su silencio se sigan.

2º).—El arrendador debe abstenerse de todo acto suyo que impida o perturbe al inquilino en el uso de la cosa conforme a la destinación que se le dió en el contrato.

En primer lugar, el arrendador debe abstenerse de mudar la forma de la cosa arrendada, sin el consentimiento del inquilino; así, por ejemplo, no puede suprimir alcobas, patios, etc. (art. 1.986 C.C.). Tampoco le es permitido hacer en el bien obras o trabajos que perturben el uso al arrendatario, a menos que éste consienta en ello. Se exceptúa el caso en que esas obras o trabajos sean urgentes, porque entonces el inquilino debe sufrirlas con una rebaja del canon proporcional a la molestia que se le cause (ídem. inciso 2°). Mas, si esas obras urgentes comprenden una parte considerable del bien o han de durar demasiado tiempo, el arrendatario puede desistir del contrato y aún exigir el pago de perjuicios, cuando el daño existía al momento de celebrarse el contrato y el arrendador lo conoció o debió conocerlo (ídem. inc. 3°).

Los derechos que los anteriores preceptos confieren al inquilino, los hace extensivos la doctrina (1) a todos aquéllos casos en que, por hecho del arrendador, el inquilino sea turbado en el goce de la cosa y se dan como ejemplos el del arrendador que envía animales a la finca arrendada, suprime cercas de la misma, etc.; pero es necesario tener en cuenta que no puede desconocerse el derecho que el arrendador tiene para inspeccionar el bien arrendado, a fin de observar su estado de conservación, determinar las reparaciones que necesite y comprobar el uso que de él está haciendo el inquilino. En el hecho del arrendador, es bueno anotarlos, debe incluirse el de sus agentes, dependientes y demás personas a quien él pueda impedir la perturbación.

En todos los eventos en que la ley faculta al inquilino para desistir del contrato o solicitar la rebaja proporcional del precio del arriendo, puede el arrendatario impetrar la acción que se consagra en el artículo 1.111 del Código Judicial, a fin de que el arrendador le reciba la cosa, en caso de que voluntariamente no asienta en ello. Es evidente que, en tales condiciones, no puede la ley ni tampoco el arrendador, obligar al inquilino a permanecer en el bien arrendado, siendo apenas justo que se le reconozca su derecho a dar por terminado el contrato. Lo mismo puede decirse en relación con todos los casos en que, llegado el tiempo de la restitución, bien por el vencimiento del plazo o por la terminación del uso a que se destinó la cosa, el arrendador se niegue a recibirla.

35).—*Demanda y pruebas que deben agregarse a ella.* La demanda con que se inicia este juicio, debe reunir los mismos requisi-

(1) Valencia Zea, ob. cit., Tomo IV N° 250 (CONTRATOS). Temis, 1961.

tos que se indicaron antes para la demanda en que se intente la acción de lanzamiento del arrendatario.

El artículo 1.111 del Código Judicial, no dice expresamente si al libelo de demanda deba agregarse la prueba del contrato. Simplemente exige el arrendatario que acompañe "la prueba de que el arrendamiento ha terminado en su favor por cualquiera de las causas establecidas en código civil".

Sin embargo, como lo anotamos al comentar el artículo 1.104 de la misma obra, la aducción de la prueba del contrato es enteramente imprescindible, ya que sin ella sería casi imposible demostrar la existencia de la relación convencional que liga al demandante con el arrendador. Es, precisamente, el contrato el que legitima al inquilino para impetrar la desvinculación y, consiguiente, declaratoria de que el "arriendo ha terminado".

De suerte, pues, que para que el actor pueda considerársele legitimado y en consecuencia a su demanda se le imprima el curso correspondiente, debe acompañar al libelo la prueba del contrato y la de que éste ha terminado o que está en el derecho de desistir de él, según el caso y conforme a la causal que invoque como fundamento de la acción (arts. 1.757 del C.C. y 593 del C.J.).

En relación con las causales que puede invocar el inquilino para instaurar esta acción especial de tenencia, es de anotar aquí cómo en este caso el legislador adoptó un sistema más técnico y menos expuesto a apreciaciones equivocadas, al no enumerar las causales para solicitar la restitución de la cosa arrendada, al contrario de lo que dispuso en el artículo 1.104 ídem, cuestión a la cual se hizo referencia anteriormente.

Si las pruebas que se agregaron al libelo consistieron en declaraciones recibidas extrajudicialmente, no puede olvidarse que, si hay oposición de parte del demandado, se deben ratificar en el período de prueba, a fin de que se les pueda reconocer su mérito al momento de proferir el fallo.

Cuando se vaya a instaurar la acción de que se trata, debe tenerse presente lo que preceptúa el artículo 2.009 del Código Civil, cuando dispone que "si no se ha fijado tiempo para la duración del arriendo o si el tiempo no es determinado por el servicio especial a que se destina la cosa arrendada o por la costumbre *ninguna de las dos partes podrá hacerlo cesar sino desahuciando a la otra*, esto es, notificándosele anticipadamente (se subraya). De suerte que en tales

eventos, deberá probarse también que se ha llevado a cabo el desahucio en la forma explicada antes (2).

36).—*Tramitación.* Presentada la demanda en legal forma y admitida por el Juzgado, se ordena correrla en traslado al demandado por el término de dos días, el cual debe surtirse conforme a las reglas generales, ya que el artículo 1.111 del C.J., nada dispuso al respecto (art. 199 ídem).

Háyase o no contestado la demanda, si el demandado no se opone, una vez vencido el término del traslado, el Juez autorizará la restitución de la cosa arrendada. Si el demandado se opone a las pretensiones del actor, el juicio se abre a prueba por el término de seis días, vencido el cual se falla dentro de los tres siguientes.

Aunque el Código no lo dice, el término que tiene el Juez para fallar, debe aplicarse también al caso en que demandado no formule oposición, ya que no sería lógico que gozara de un término mayor cuando el demandado expresa o tácitamente asiente a las pretensiones contenidas en el libelo, que cuando se opone a ellas.

Si el motivo de la cesación del contrato es el previsto en el artículo 1.990 del Código Civil, o sea que el mal estado de la cosa impide al inquilino hacer de ella el uso para que se destinó, dispone el artículo 1.113 del C.J., sin un fundamento muy claro, que se procede como en los artículos anteriores, con la salvedad de que el término probatorio es de doce días.

La sentencia que en estos procesos se dicte, debe contener, en su parte resolutive, la autorización para que el inquilino efectúe la restitución solicitada en el libelo, restitución que deberá llevarse a cabo dentro de los tres días siguientes. Se debe resolver también acerca de la condenación en costas y demás pedimentos conducentes formulados por las partes.

Si el arrendador, a pesar de la sentencia, rehusa recibir la cosa, el Juez de la causa nombra un secuestre a quien hará la entrega respectiva, situación que perdurará hasta tanto el demandado se allane a recibirla o el actor desista. La diligencia de depósito se practicará conforme a las reglas generales, al igual que ocurre en los casos de los artículos 796 y 989 del Código Judicial, en aplicación de la doctrina contenida en el artículo 203 Id. que consagra el principio de la "integración de las leyes procesales".

Finalmente, dentro de las disposiciones que regulan este juicio especial, no se encuentra alguna que determine el efecto en que pro-

(2) Véase causal 5ª, Nº 26.

ceden las apelaciones a que haya lugar. Por ello, en lo que dice relación a los autos, éstos serán apelables en el efecto suspensivo de acuerdo con las normas generales, y la sentencia lo será conforme a lo preceptuado por el artículo 881, por disposición del artículo 1.119 C.J.

Refiriéndose a este problema, se expresa así el Dr. Hernando Morales: "Los autos dictados en el juicio son apelables en el efecto suspensivo, que es la regla general, pues la ley no dice que el recurso se otorgue en el devolutivo. La sentencia es apelable en efecto suspensivo, pero el actor puede pedir que se conceda en el devolutivo, si presta caución suficiente, pues el artículo 881 es aplicable a este juicio (art. 1.119). En cambio, los artículos 882 a 884 no le son aplicables, porque no hay entrega al actor, a pesar de que el art. 1.119 los haga extensivos a todos los juicios del título en estudio" (3).

---

(3) Hernando Morales, ob. cit., Tomo II, pág. 131.

## CAPITULO SEXTO

### *Otros Juicios de Tenencia*

#### I) DISPOSICIONES VARIAS

37).—*Anotación previa.* El tercero y último capítulo del Título XXXVII que el Código de Procedimiento Civil dedica al estudio de la tenencia por su aspecto adjetivo, bajo el rubro de "disposiciones varias", hace extensivas las normas de los capítulos anteriores a toda situación de tenencia, cuando ella tenga origen en un contrato distinto al de arrendamiento. Contiene, además, disposiciones que por la poca relación que guardan con la tenencia, debieron haberse incorporado a otro título del Código. Tal es el caso del artículo 1.117, que confiere al tenedor las acciones posesorias que se tramitan conforme a los capítulos I y II del Título XXVIII de la misma obra, ubicado en esta parte del Código sin una razón muy explicable.

De las disposiciones más importantes contenidas en este último capítulo relativo a los juicios de tenencia, cabe destacar el artículo 1.115, al cual precisamente dedicaremos algunas breves consideraciones. Luego, para concluir el estudio de los juicios especiales, indicaremos algunas tramitaciones que, no obstante tener poca ocurrencia práctica y que algunas de ellas corresponden a funcionarios ajenos al orden judicial, si deben consignarse en un trabajo integral de la tenencia. Así, veremos en su orden el procedimiento a seguir en los lanzamientos de predios rústicos, en los casos de ocupación de hecho y huéspedes de hoteles.

38).—*Estudio del artículo 1.115 del C.J.* El artículo 1.115 del C. de P. C. preceptúa que "las disposiciones de este título se aplican, en lo pertinente, a la restitución de las cosas dadas en tenencia a título distinto del de arrendamiento, que estén en poder de alguno en ejercicio del derecho de retención, llegado que sea el tiempo de exigir que se restituyan".

En relación con el texto de esta norma, en primer lugar debe anotarse que le faltó precisión al omitir la conjunción "o" después de la palabra "arrendamiento", ya que sin ella pareciera condicionar la acción de restitución, por los trámites dichos, a que las respectivas cosas estén en manos de un tenedor que haya ejercido sobre ellas el derecho de retención; mas, es claro que el objeto del artículo es hacer extensivo el trámite de los juicios de tenencia a la restitución

de las cosas dadas a título precario y a aquéllos casos en que se encuentren en poder de alguna persona que ejerció sobre ellas un derecho de retención, una vez extinguido éste.

De la exactitud de la anterior observación no queda la menor duda, si nos atenemos a lo dicho por la Comisión Redactora del Código Judicial, cuando al referirse al artículo 1.113 del proyecto (1.115 del Código) expuso: "El artículo 1.113 del Código, congruente con la rúbrica del Título, y en armonía con el concepto jurídico de la tenencia, establece que las disposiciones del título en que estamos se apliquen a la restitución de objetos dados en comodato, depósito, prenda o anticresis o sobre los cuales se tenga un derecho de retención ya extinguido".

Hecha la anterior observación se tiene que quien tenga derecho a reclamar los bienes dados en tenencia, puede promover la respectiva acción de lanzamiento, la cual se tramitará como se indica en el Capítulo I del Título XXXVII del C. J. A su turno, quien desee desprenderse de la tenencia y lo asista causa legal para ello, puede solicitar que se compela a quien tenga derecho a recibirle la cosa y se haya manifestado renuente. En este caso, a su petición se le imprimirá el trámite del Capítulo II del mismo título, en lo pertinente.

Esta debe ser la interpretación lógica del campo de aplicación del artículo 1.115 del C. J. Restringir el procedimiento que aquí se consagra sólo a los casos en que se trate de obtener la restitución de las cosas dadas en tenencia y no reconocerlo al tenedor cuando la iniciativa de restituir sea suya, equivale a crear un vacío que, precisamente, trató de llenar el legislador. A qué procedimiento, nos preguntamos, se acogería el comodatario, etc., en el evento de que la cosa dada en tenencia adoleciera de vicios tales que no prestara servicio alguno o que llegado el tiempo de restitución, quien tuviera derecho a recibírsela se negara a ello?

El sentido del artículo 1.115 del C. J. es claro al decir que las disposiciones de este "título" se aplicarán a "la restitución de las cosas dadas en tenencia", sin hacer distinción alguna y sin más límites que la pertinencia. Por lo demás, donde el legislador no distingue, no le es dable hacerlo al intérprete, según el principio de interpretación muy conocido que se consagra en el artículo 28 del código civil.

Por todo lo anterior, no consideramos muy fundada la observación que hace el Dr. Hernando Morales cuando al referirse a este artículo, anota: "La segunda observación consiste en que las disposiciones del título en estudio pertinentes a este juicio, son solo las del ca-

pítulo 1º (juicio de lanzamiento), pues las del capítulo 2º regulan la cesación del arrendamiento por parte del inquilino, cuestión no sólo ajena sino opuesta a la restitución de la cosa a quién la ha entregado a título precario" (1).

La crítica que se hizo al estudiar los legitimados pasivos de la acción de tenencia, cabe reproducirla aquí, a fin de relacionarla con algunos ejemplos que el Dr. Morales trae a continuación de la cita que acaba de transcribirse. (2).

39).—*Procedimiento en caso de subarriendo.* A fin de que no quedara la menor duda acerca de la aplicación de estos trámites, en los casos de subarriendo, se consignó el mandato del artículo 1.116 del código judicial, según se lee en la exposición de motivos.

Al tenor del artículo 2.004 del Código Civil, "el arrendatario no tiene facultad de ceder el arriendo ni de subarrendar, a menos que se le haya expresamente concedido; pero en este caso no podrá el cesionario o subarrendatario usar y gozar de la cosa en otros términos que los estipulados con el arrendatario directo". Por manera que, si el arrendatario está facultado para subarrendar y pretende obtener la restitución de la cosa, debe acogerse al procedimiento indicado en el capítulo primero de este título y, a la inversa, si el subarrendatario pretende restituir la cosa arrendada por iniciativa suya, a su petición se le imprimirá el trámite del capítulo segundo.

En relación con el artículo 1.117 (3), resta agregar que en virtud de sus disposiciones, los tenedores, en la conservación de la tenencia, gozan de idénticas acciones que los poseedores (artículo 984 C.C.) y deben actuar en igual forma, con la diferencia de que la carga probatoria consistirá en demostrar, además de los hechos básicos de la acción, la situación de verdaderos tenedores que, de otra parte, el fallo que recaiga trata de proteger la tenencia y no la posesión, fenómenos jurídicos esencialmente distintos tanto por su naturaleza como por su origen y consecuencias.

Finalmente, al hablar de la competencia para conocer de las acciones de tenencia, se hizo alusión al artículo 1.118 del código judicial; de suerte que no debemos insistir ahora en sus ordenamientos. Sin embargo, es pertinente anotar que en estos juicios cabe el incidente de objeciones a la cuantía de la acción y que el artículo se dic-

(1) Hernando Morales, ob. cit., Tomo II, pág. 131.

(2) Véase Nº 23.

(3) Este artículo contiene disposiciones equivalentes a las de los arts. 79 de la Ley 46 de 1903 y 42 y 43 de la Ley 100 de 1882, que reglamentaban la acción de "Tenencia Sumaria".

tó con el fin de evitar dudas acerca de la competencia, ya que por mandato del artículo 4º de la ley 57 de 1.905, la competencia para conocer de los juicios de "desahucio y lanzamiento" estaba atribuida expresamente al Juez Municipal del lugar donde estuviera situada la finca, al igual que ocurre en el derecho español.

## II).—LANZAMIENTO EN PREDIOS RUSTICOS

40).—*Ideas aclaratorias.* Como antes ya habíamos anotado cual era el procedimiento aplicable a estos juicios y quiénes los funcionarios competentes para conocer de las demandas de lanzamiento relativas a predios rústicos (4), no es necesario volver a insistir acerca de estos aspectos.

Visto lo anterior se tiene que, antes de instaurar una acción de tenencia con fundamento en un arrendamiento relativo a un predio rural, lo primero que debe tenerse en cuenta es si la convención está regida por la ley 100 de 1.944 o por las disposiciones especiales del Capítulo Sexto del Título XXVI del Libro Cuarto del Código Civil, ya que de las acciones que se originen en el primer caso conoce la justicia laboral por los trámites del decreto 0291 de 1.957, y de las segundas los jueces civiles, por el procedimiento del código judicial.

La diferencia entre una y otra relación, para efectos de determinar la competencia, no es cuestión fácil y ella más bien corresponde al derecho sustantivo. Sin embargo, en forma simplista, puede decirse que lo que distingue la una de la otra es la forma como se paga el precio de la renta o cánon, pues mientras en el primer caso el precio está constituido por una parte proporcional de los frutos o productos, en el segundo, siempre lo será una cantidad determinada en dinero.

41).—*Qué se entiende por predio rústico.* No dice el código civil qué se entiende por predio rústico y qué por predio urbano. En Roma se consideraban predios rurales aquellos sobre los cuales no había construcciones y por predios urbanos aquéllos sobre los cuales sí las había.

Comentando el artículo 1.831 del Código Civil chileno, equivalente al 1.887 del C. C. Colombiano, Alfredo Barros Errázuriz, anota lo siguiente:

"Las disposiciones del artículo 1.831 y siguientes se refieren solamente a los *predios rústicos*, que son las tierras destinadas al cultivo

(4) Véase Nros. 10, letras e) y f) y 20.

o beneficio; y no a los *predios urbanos*, que son los destinados a habitación o edificados para almacenes y otros fines urbanos. Lo que los distingue, no es el lugar en que estén situados, sino la calidad o fin a que se destinan. Esta misma distinción hace el código, al tratar del contrato de arrendamiento. Si un predio está destinado en parte a cultivo agrícola, y parte a casas o almacenes, debe atenderse a su objeto principal para clasificarlo" (5).

Si bien, el criterio finalista puede tener alguna utilidad desde el punto de vista teórico, en la práctica, especialmente en relación con la aplicación de las normas sobre arrendamiento urbano, resulta incompleto. Por ello, nos parece más seguro el de quienes sostienen que por predio o finca urbana se entiende aquel que tiene instalados o le alcanza la red de distribución de los servicios públicos tales como acueducto, alcantarillado, energía eléctrica, etc., y por rústicos o rurales los demás.

Otro criterio muy similar al anterior, pero este sí de obligatoria observancia por ser un criterio legal, es el adoptado por el artículo 3º del Decreto N° 59 de 1.938, reglamentario de la Ley 200 de 1.936, cuando dice: "Para los efectos de la ley 200 es fundo o predio rural el que se halle situado fuera de los límites legalmente determinados del área de la respectiva población.

"Si no existiere disposición legalmente expedida que fije el área de la población, agrega el mismo texto, se entenderá por fundo o predio rural el que se halle situado a una distancia mayor de cien (100) metros de las últimas edificaciones que formen el núcleo urbano de la respectiva población o caserío".

42).—*Tramitación de este juicio.* El trámite de estas acciones no difiere en nada al indicado en el título XXXVII del C. de P. C., en tratándose de los juicios asignados a los jueces civiles; pero si de lo que se trata es de las acciones cuyo conocimiento corresponde a los jueces del trabajo, su ritualidad sigue las normas procedimentales del Decreto N° 0291 de 1.957. (6).

De consiguiente, ningún comentario se requiere en relación con el trámite de los primeros, salvo en lo relativo al *litis consorcio* que se autoriza en ellos y el *desahucio*, el cual se aparta de las normas dadas en lo que toca a la oportunidad o antelación con que debe hacerse.

(5) A. Barros Errázuriz. CURSO DE DERECHO CIVIL, Vol. III, pág. 138. Editorial Nascimento, 1930-1932. D346-B277e.  
(6) Véase art. 16 del Decreto N° 1.819 de 1964, sobre competencia de estos juicios.

43).—*Litis consorcio en estos juicios.* En derecho procesal, llámase *litis consorcio*, la presencia en un mismo proceso de varias personas en la posición de actores o de demandados. Es *activo* si son varios los demandantes y uno sólo el demandado; *pasivo* cuando son varios los demandados y uno el demandante, y *mixto* si son varios los demandantes y también los demandados.

El *litis consorcio* puede ser también propio o simple e impropio o necesario. Se presenta el primero cuando la relación jurídica sustancial deducida en juicio es común a varias personas en relación al derecho o a la obligación. O, en otras palabras, cuando existe conexidad jurídica en las acciones ejercitadas en la demanda o un factor o interés común de parte de los titulares del derecho. En el *litis consorcio* necesario, en cambio, no hay conexidad jurídica entre las acciones; cada una puede seguirse separadamente; pero la acción tiene que ejercitarse por varios o frente a varios, porque si no se llena esa formalidad, no podría ser acogida en la sentencia, por falta de legitimación en la causa.

El Código Judicial no consagra expresamente la institución del *litis consorcio*, pero en la práctica, ella tiene toda su operancia, ya que en el fondo no es más que una forma de acumulación de acciones, ésta sí autorizada por el artículo 209 del Código citado.

Precisamente, el inciso segundo del artículo 1.103 de la obra precitada, autoriza una especie de *litis consorcio* impropio al estatuir que en una misma demanda se puede ejercitar la acción de lanzamiento contra varios arrendatarios de un predio rústico. Tal ocurriría en el caso de que varios demandados tengan en arrendamiento una parcela diferente, de modo que no los ligara una misma relación jurídica con el arrendador común.

En la práctica, esta norma tiene muy poca aplicación, ya que sólo tiene operancia en tratándose de arrendamientos en predios rurales.

44).—*El desahucio.* La norma del Código Civil que dispone que el desahucio debe darse con una antelación igual al tiempo que se toma como medida para el pago de la renta, cuando él sea necesario, sufre una variación en tratándose del arrendamiento de predios rústicos.

En efecto: dispone el artículo 2.043 del citado código que, no habiendo tiempo fijo para la duración del arriendo, deberá darse el desahucio con anticipación de un año para hacerlo cesar, sin perjuicio de que las partes acuerden otra regla; y, luego, la misma norma indica como debe entenderse el año de que se habla.

Haciendo un paralelo entre los artículos 2.009 y 2.043 del Código Civil, el doctor Fernando Vélez se expresa así:

“La regla del artículo 2.043, en el fondo es la misma del 2.009, pues ambos disponen que cuando no hay tiempo fijo para la duración del arriendo, éste no puede cesar sin desahucio. Se diferencian los dos artículos en que el 2.043 establece que en todo caso el desahucio debe preceder un año a la terminación del arrendamiento, cualesquiera que sea la época en que se pague la renta, mientras que según el art. 2.009, de esa época depende la anticipación del desahucio en el arriendo de otras cosas (art. 2.034). El motivo de esa diferencia es el que el empleo de los predios rústicos exige bastante tiempo para sacar algún provecho de él.

“Otra diferencia entre los dos artículos citados, es la de que de acuerdo con el 2.043, el arriendo de predios rústicos no termina por el servicio especial de éstos, como en el de otras cosas. Así es que puede decirse que ese arriendo sólo termina: 1º Por la llegada del día estipulado para darle fin, 2º Por desahucio.

“Este, según el inc. 3º del artículo 2.043, se contará teniendo como punto de partida el día en que principió la entrega del fundo al colono y no en el día en que se haga el desahucio. Por ejemplo, termina diciendo el autor en cita, la entrega se comenzó el 1º de Enero de 1.908. El desahucio se hizo el 1º de Octubre de ese año. El contrato terminó el 1º de Enero de 1910, puesto que el año debe contarse desde el 1º de Enero de 1.909” (7).

45).—*Tramitación en el Decreto 0291 de 1957.* Contempla este estatuto, el procedimiento que deben adoptar los jueces del trabajo cuando ante ellos se intente una demanda de lanzamiento restitución de predios rústicos sobre los cuales se ejerza tenencia en pirtud de un contrato de los contemplados en el artículo 1º de la ley 100 de 1.944 (artículo 40 del Decreto), así:

Si se trata del lanzamiento del arrendatario, el trámite correspondiente se indica en los artículos 26 a 32 inclusive. Y, si la acción se dirige por el arrendatario o tenedor contra quien tenga derecho a exigirle la entrega, se observará el procedimiento señalado en los artículos 33 a 38.

El artículo 39 *ibídem*, contiene disposiciones comunes aplicables a los dos procedimientos indicados, en lo que dice relación a la apelación de los autos y sentencias en ellos proferidos y la forma como se tramitan en la segunda instancia.

(7) Fernando Vélez, ob. cit., Tomo VIII, pág. 443.

En principio, estos juicios siguen los lineamientos generales que se han indicado en los capítulos anteriores y que se regulan por el procedimiento contemplado por el código judicial, con las salvedades que a continuación se indican en forma somera:

a) Que conforme al inciso segundo del artículo 26 del Decreto, en estos juicios también tiene cabida la institución del litis consorcio, acerca del cual se hicieron algunas anotaciones;

b) Que en relación al desahucio, el decreto no indica cuál sea el término de antelación con que deba darse y cuál la forma de computarse, razón por la cual parece que lo más jurídico y equitativo sea aplicarle las disposiciones del artículo 2.043 del C.C., que también se refiere a arrendamiento de predios rústicos;

c) En caso de oposición del demandado, si éste "cree tener derecho a mejoras, deberá alegarlas" al formularla (art. 28 inc. final) y que, si la causa del lanzamiento es la falta de pago, para que el demandado pueda oponerse deberá consignar "el cánon correspondiente a una mensualidad" (art. 28 inc. 2º);

d) Que si el importe de la indemnización por concepto de mejoras o reparaciones no está determinado, él se fijará por el funcionario que practique la diligencia de lanzamiento, "teniendo en cuenta los avalúos de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, . . . asesorándose, si lo estima necesario, de personas competentes que puedan dar su opinión dentro de la misma diligencia.

"Hecho el pago del importe así señalado, dice el artículo 32, se procederá al lanzamiento, sin perjuicio de que tanto el arrendador como el arrendatario conserven el derecho de hacer fijar de manera definitiva el avalúo de las mejoras o reparaciones mediante anticulación".

e) Que si el arrendatario tuviere derecho al reconocimiento al pago de mejoras y fuere él quien accionare contra el arrendador a fin de que le reciba la finca, se procederá en la misma forma, que si el demandante fuera el arrendador (art. 38); y

f) Que, como las normas de este decreto, lo mismo que las de la ley 100 de 1.944, son de orden público, los derechos y prerrogativas que en ellas se consagren son irrenunciables y, por tanto, ineficaces las cláusulas en contrario.

### III).—LANZAMIENTO POR OCUPACION DE HECHO

46).—*Quienes conocen de estos juicios.* Lo primero que debe tenerse en cuenta, al instaurar un lanzamiento por ocupación de hecho,

es lo relativo a la calidad del predio ocupado, ya que según sea este rural o urbano, distinto será el funcionario competente (8).

Si se trata de la ocupación de un predio rústico —no baldío— conoce, privativamente y en primera instancia, el Juez del Circuito del lugar de ubicación de la finca. En este evento no se tiene en cuenta la cuantía para fijar la competencia, o en otras palabras, la competencia se determina por el factor objetivo (naturaleza del asunto). Así se desprende de lo que disponen los artículos 16 de la Ley 200 de 1.936, 61 del Decreto 59 de 1.938 y 31 de la ley 4ª de 1.943. Y cuando la ocupación diga relación a un predio urbano, conocerá el Jefe de Policía del lugar de ubicación del inmueble, en primera instancia (art. 15 de la ley 57 de 1.905 y 8º del Decreto 992 de 1.930).

47).—*Ocupación de predio rural.* Cuando se demanda en acción de lanzamiento la restitución de un predio rural, ocupado sin causa que lo justifique, en la tramitación del juicio se observarán las reglas siguientes:

*Demanda:* La demanda será presentada personalmente al Juzgado del Circuito que vaya a conocer de ella o ante el Alcalde del lugar, a fin de que haga constar la presentación. El libelo se ajustará a las normas generales contenidas en el artículo 205 del Código Judicial y deberá contener, además, una identificación completa de la finca e indicar la fecha desde la cual se privó al querellante de la tenencia material de ella.

El actor deberá legitimar la causa presentando con la demanda los siguientes elementos de convicción: 1º) Prueba sumaria de que ha venido poseyendo la finca ocupada, mediante la explotación con hechos positivos de dueño. La prueba sumaria puede estar constituida por una inspección ocular practicada por el Juez del Circuito o por Comisionado, con citación del Agente del Ministerio Público (art. 24 de la Ley 200 de 1.936 y 55 del Decreto 59 de 1.938); 2º) Prueba, también sumaria, de que la ocupación tuvo lugar dentro de los 120 días anteriores a la fecha en que se presente la demanda.

Admitida la demanda por el Juzgado, en el mismo auto que así lo resuelva, se indicarán el día y la hora en que tendrá lugar la inspección ocular de que habla el artículo 20 de la ley 200, precepto que así reza: "En el trámite de las controversias que suscite el ejercicio de cualesquiera de las acciones a que se refieren los artículos precedentes, el funcionario que de ellas conozca en primera instancia no podrá fallar sin haber practicado previamente una inspección ocu-

(8) Véase ord. 4º Nº 20.

lar que le permita adquirir conocimiento directo de la situación de hecho que debe resolver, y estará en la obligación de allegar a los autos los elementos que puedan contribuir a ilustrarlo".

El auto admisorio de la demanda se notificará por el Juez del Circuito o comisionado, en forma personal o por medio de *cartel* o aviso fijado en la puerta de entrada de la finca, cuando el demandado o demandados se ocultaren o no fueren encontrados. En este último caso, la notificación se reputará hecha cuando el aviso haya permanecido fijado un día hábil por lo menos.

Los avisos serán firmados por el Juez o Alcalde y su respectivo secretario, según el caso, y deberán indicar que la demanda fué admitida y el señalamiento del día y la hora en que tendrá lugar la diligencia de inspección ocular. Esta diligencia de inspección ocular se practicará personalmente por el Juez del conocimiento dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la admisión de la demanda.

Practicada la inspección ocular, si de ésta y las demás pruebas aducidas por las partes o allegadas de oficio al informativo, resultare que efectivamente se ha realizado la ocupación de hecho, esto es, que ella se efectuó sin causa justificativa, el Juez decretará y llevará a cabo personalmente el lanzamiento a la fuerza, si fuere necesario, a efecto de obtener que los ocupantes de hecho abandonen el terreno y el querellante lo reciba.

El artículo 21 de la ley 200, sabiamente, consagra, para estas acciones y las demás que en ella se establecen, el sistema de la "*persuasión racional*" de las pruebas y dispone, además, que los falladores "aplicarán el derecho teniendo en cuenta que el objeto de esta jurisdicción especial es que la ley sustantiva se interprete con el criterio de que no deben protegerse el *enriquecimiento sin causa*, el *abuso del derecho* y el *fraude a la ley*" (se subraya).

La diligencia de lanzamiento podrá practicarse entre las 6 de la mañana y las 6 de la tarde y tanto en esta como en la de inspección ocular, deberán intervenir dos testigos actuarios.

Preve la misma ley 200 que en el caso de que en la finca ocupada no se encuentre persona alguna, al momento de efectuarse el lanzamiento, se haga un inventario de las cosas que allí hubiere y que no pertenecieren al querellante y se dejen al cuidado de un depositario que designará el mismo Juez.

Dispone el artículo 22 de la misma ley, que en los fallos dictados en estos juicios, deberá decidirse concretamente, aun de oficio, si es o no el caso de pagar mejoras, teniendo en cuenta las siguientes reglas:

- a) Nadie puede enriquecerse sin justa causa;
- b) Es mejora de un predio rural, toda obra o labor producida por el esfuerzo humano que tenga un valor económico, considerada en sí misma y en relación con el terreno en donde se ha realizado; y
- c) El avalúo de las mejoras comprende los siguientes factores, los cuales deben sumarse: 1º). El valor comercial al tiempo del avalúo, de las edificaciones, cercos, acequias, caminos y demás obras y labores útiles existentes, incluyendo cuando los haya, el valor de los frutos pendientes; y 2º). El mayor valor efectivo que la tierra hubiere adquirido por el esfuerzo del poseedor.

“Para determinar el pago de mejoras, continúa el mismo artículo, en razón de la buena o mala fe del ocupante, se estará a lo dispuesto sobre prestaciones mutuas en el Código Civil, sin perjuicio de lo establecido en este artículo”.

Si en la sentencia se dispone el pago de mejoras y estas no están tasadas, antes de ejecutarla, pero una vez ejecutoriada, deberá fijarse el valor de aquéllas por el mismo juez que la dictó, con el concurso de peritos y mediante el trámite de una articulación, sin perjuicio de que las partes puedan acordar amigablemente su valor.

Cuando por cualquier circunstancia el juez omitiere la resolución sobre mejoras, dice la misma ley, cualquiera de las partes podrá solicitar que se decida el punto, suspendiéndose, entre tanto, la ejecución de la sentencia.

A diferencia de lo que ocurre en los otros juicios de tenencia, en éste no se admite caución como garantía de pago de mejoras. Así se desprende de la siguiente norma contenida en el artículo 22: “no podrá realizarse el lanzamiento sin que tal pago se haya efectuado previamente, y en consecuencia, sólo se extingue el derecho de retención que consagran las leyes anteriores a la presente, cuando se verifique el pago de aquéllas”.

El artículo 27 del Decreto 59 preve el caso en que la persona que tenga derecho a ser indemnizada por mejoras, se niegue a recibir el valor fijado judicial o amigablemente y autoriza, en tal evento, la consignación de dicho valor a órdenes del juzgado y la ejecución inmediata de la sentencia.

Practicado el lanzamiento, dispone la misma ley de tierras, el juez pasará al Alcalde de la ubicación del terreno, copias de las diligencias de inspección ocular y de la entrega, lo mismo que del fallo.

Si la finca fuere ocupada de nuevo, el poseedor o dueño de ella, podrá ocurrir ante el Alcalde respectivo, dentro de los treinta días

siguientes, a fin de que impida la alteración de la situación creada por la ejecución de la sentencia de lanzamiento. El Alcalde, en tal caso, suspenderá la perturbación dentro de las veinticuatro horas siguientes a la presentación del escrito en que así se pida y al cual debe acompañarse prueba sumaria de que el querellante es el poseedor o dueño y del hecho de la nueva ocupación no anterior a treinta días.

La persona que una vez lanzada ocupe de nuevo y sin causa justificada la misma finca, incurrirá por el sólo hecho de la reincidencia "en una pena de arresto inconvertible por el término de sesenta días", imponible por el mismo Juez. Así lo dispone el parágrafo único del art. 17 de la ley 200.

Si antes de practicarse el lanzamiento, el ocupante de la finca o heredad exhibiere un título o prueba que justifique legalmente la ocupación, el juez suspenderá la diligencia de lanzamiento. En este caso, los interesados quedan en libertad de iniciar cualquiera otra acción que estimen viable.

Finalmente, dispone la ley 200 de 1.936, que las sentencias proferidas en estos juicios serán apelables para ante el Tribunal Superior del Distrito y que el recurso se concederá en el efecto suspensivo. Y, que las demás apelaciones, si a ellas hubiere lugar, seguirán las reglas generales del C.J. Mientras se surte la apelación, las autoridades de policía estarán en la obligación de tomar las medidas necesarias tendientes a evitar nuevas vías de hecho y mantener el *statu-quo*.

48).—*Ocupación de predio urbano*. Esta "acción administrativa sumaria de lanzamiento", como la denominó el art. 15 del decreto 992 de 1.930, es una típica querrela policiva, cuyo conocimiento está atribuido al Jefe de Policía de ubicación del predio.

Está legitimado para impetrar esta medida de protección toda persona a quien se le hubiere privado de hecho de la tenencia material del predio, sin que haya mediado consentimiento expreso o tácito u orden de autoridad competente.

Quien se encuentre en las anteriores condiciones y pretenda accionar, deberá tener en cuenta las normas del decreto 992 de 1.930, normas que se pueden sintetizar así:

La demanda debe ceñirse a las normas generales del C. de P. C. y debe indicar la fecha precisa desde la cual el querellante fue privado de la tenencia material o de la fecha en que tuvo conocimiento del hecho y, además, contener una relación de los títulos que lo legitiman para incoar la acción de lanzamiento.

Al libelo se acompañará el título que acredite su derecho y la prueba sumaria en que se demuestre cual fue la fecha de la ocupación

o se tuvo conocimiento del hecho y de los demás hechos en que se basa el pedimento.

Si de las pruebas presentadas resultaren demostradas las circunstancias expresadas, el Jefe de Policía dictará inmediatamente la orden de lanzamiento de los ocupantes; orden que notificará personalmente o por medio de cartel o aviso, en caso de que no se encuentren u oculten, haciéndoles saber el día y la hora señalados para la diligencia.

La diligencia de lanzamiento se practicará dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la admisión del libelo, teniendo en cuenta que se puede practicar desde las seis de la mañana hasta las seis de la tarde.

A la entrega, fuera de los funcionarios y los testigos actuarios, pueden concurrir todos los que tengan interés en ella y todos suscribirán el acta respectiva. Si la casa estuviere cerrada y nadie contestare al llamado del funcionario, pasados diez minutos, se procederá a la apertura y lanzamiento y, consiguiente entrega de la casa al querellante. En este último evento, es decir, que en la casa no se encuentre alguna persona, se hará un inventario de las cosas que allí hubiere y se depositarán en la persona que designe el Jefe de Policía que practique la diligencia.

Si antes de practicarse la diligencia, el ocupante exhibiere un título o prueba que justifique legalmente la ocupación, el funcionario suspenderá la diligencia de lanzamiento, quedando en libertad los interesados para ocurrir ante el poder Judicial en ejercicio de la acción pertinente, de la misma manera que ocurre cuando la ocupación diga relación a un predio rústico.

Las providencias que dicte el funcionario de Policía en estos procesos, serán apelables en el efecto devolutivo, dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a su notificación, para ante el inmediato superior, si se trata de la persona contra quien se dirige la querella, y, en ambos efectos, si el que apela fuere la parte actora.

49).—*Prescripción de estas acciones.* La acción que tiene el poseedor o dueño de un predio rústico para recuperar la tenencia, cuando ha sido ocupado de hecho, prescribe en ciento veinte días, contados desde el primer acto de ocupación; prescripción que se interrumpe con la sola presentación de la demanda (art. 18 de la ley 200 de 1.936). En cambio, la querella que se autoriza contra el ocupante de una finca o predio urbano, prescribe en el término de treinta días, contados en la misma forma que para el caso anterior (art. 15 del Decreto N° 992 de 1.930).

#### IV).—LANZAMIENTO DE HUESPEDES DE HOTELES

50).—*Objeto de este procedimiento.* Con miras a la protección de la industria hotelera, el Poder Ejecutivo, por medio del decreto N° 151 de 1.957, estableció un procedimiento sumarísimo que facultó no sólo el lanzamiento de los clientes de establecimientos hoteleros sino que procuró también el aseguramiento del pago de acreencias que tuvieran como causa la utilización de tales establecimientos.

Conforme a los mandatos del citado decreto, tienen facultad para impetrar esta acción policiva los propietarios, empresarios, gerentes o administradores de Establecimientos Hoteleros y similares, contra aquellos clientes o huéspedes que resultaren *insolventes*, o que en cualquier forma atenten contra la *seguridad, tranquilidad, salubridad y moralidad* de tales establecimientos.

51).—*Competencia y Tramitación.* El conocimiento de estas demandas está atribuido por el mismo decreto a los Alcaldes, Corregidores o Inspectores de Policía del domicilio del respectivo establecimiento hotelero o similar.

Al escrito que contenga la demanda, deberá acompañarse prueba sumaria de los hechos en que se funda. Si estos resultaren plenamente comprobados, el funcionario de Policía dictará la orden de lanzamiento, a más tardar al día siguiente y la ejecutará él mismo en el término de las doce horas subsiguientes a la notificación del proveído que así lo disponga.

*Derecho de retención:* A fin de garantizar y hacer efectivo el pago de las obligaciones contraídas por cualquier cliente insolvente, se autoriza, dentro de este procedimiento breve, el ejercicio del derecho de retención sobre el equipaje y demás objetos introducidos por el huésped al respectivo establecimiento, hasta concurrencia de lo que deba por *alojamiento, expensas o daños*.

En este evento, con anuencia del funcionario del conocimiento y con la intervención de dos peritos que designará el mismo funcionario, se confeccionará un inventario y se procederá al avalúo de los objetos, pudiendo los expertos dictaminar también acerca de los daños que se denuncien.

Si pasados treinta días, contados a partir del momento en que se hubiere ejercido el derecho de retención, el cliente no se presentare a solucionar las obligaciones pendientes, el retenedor de los bienes de aquel, podrá solicitar al mismo funcionario de Policía el remate de ellos. La subasta se llevará a cabo dentro de los quince días siguientes y con su producto se pagará el valor de lo adeudado. El

saldo se depositará a órdenes del cliente en el Banco de la República o demás oficinas de las entidades que se indican en el Decreto No 1798 de 1.963.

Cuando las personas de que se trata no portaren equipajes, los propietarios, empresarios, gerentes o administradores de hoteles, podrán exigir el pago anticipado de las mensualidades, quincenas, décadas o diarios según la costumbre del respectivo establecimiento. Y, cuando para burlar el derecho de retención aludido, los huéspedes o clientes portaren equipajes aparentes o ficticios o emplearen otros sistemas lesivos de los intereses económicos de dichos establecimientos, incurrirán en arresto inconvertible de dos a quince días; sanción que impondrá el "Jefe de Policía del lugar, conforme al procedimiento penal ordinario establecido por el respectivo Código de Policía Departamental".

Finalmente, las providencias proferidas por los funcionarios de Policía, en los asuntos de que se trata, serán apelables de palabra en el acto de la notificación o por escrito dentro de las veinticuatro horas siguientes para ante el inmediato superior en el efecto devolutivo. La alzada se concederá al día siguiente y se tramitará ordenando la fijación en lista del negocio por el término de dos días, a fin de que las partes presenten sus alegatos escritos. Vencido este término, el superior fallará dentro de los dos días siguientes.

## CAPITULO SEPTIMO

### *Cumplimiento de las sentencias dictadas en los Juicios de Tenencia*

52).—*Noción de ejecución.* En las sentencias dictadas en los juicios de tenencia, la función jurisdiccional no se agota con el mandato contenido en ellas, sino que para obtener la satisfacción completa del derecho del actor es preciso lograr la actuación práctica de ese mandato, por medio de la ejecución forzada. O, en otros términos, el proceso de tenencia se desenvuelve en dos etapas: Una, la de cognición, que culmina con la sentencia que ordena la desocupación y entrega o restitución del bien y, la otra, la de ejecución forzada, en la que se obtiene la realización práctica de la orden contenida en esa primera providencia. Es esta segunda fase a la que propiamente puede llamarse de lanzamiento. La primera culmina con un título ejecutivo y la segunda tiende a darle eficacia a éste.

Las anteriores consideraciones fueron justamente las que se tuvieron en cuenta para haber afirmado antes que la acción de tenencia, por participar de la naturaleza de las acciones declarativas y de ejecución, era una acción de condena (1), conclusión que visto lo anterior reafirma nuestra opinión.

53).—*A quién corresponde la ejecución.* Cuando tratamos de dar una idea acerca de la acción de tenencia, se dejó sentado que con ella se impetraba de los jueces una decisión que impusiera al demandado una prestación de hacer (restituir o recibir), susceptible de ejecución forzada por el mismo Juez (2).

En efecto: cuando la obligación que emana de la sentencia consiste en la entrega de una cosa raíz o mueble, el fallo se ejecuta en la forma prevenida por el artículo 551 del Código Judicial, por el Juez de primera o única instancia:

a). De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 1.106 del C. J., el fallo que decreta el lanzamiento del arrendatario o la restitución de los bienes dados en tenencia, debe cumplirse por el juez de primera o única instancia o por medio de la policía, dentro de los dos días siguientes;

b). La sentencia que autoriza al arrendatario u otro tenedor para restituir la cosa a quien deba recibirla, se ejecuta por el mismo

(1) Véase N<sup>o</sup> 17.

(2) Véase N<sup>o</sup> 18.

juez, entregándola a aquél o al secuestre que designe, en el caso de que el demandado rehuse recibirla (art. 1.114 C.J.); y

c). En tratándose del lanzamiento de predios rústicos, se observarán las mismas reglas indicadas para los casos a) y b). Y cuando de entregar predios o fundos ocupados de hecho o de huéspedes de hoteles se trate, se tendrá en cuenta lo que sobre el particular anotamos al estudiar cada caso.

54).—*Cómo y cuándo debe hacerse la entrega.* No es clara la ley en decir cuándo deba ejecutarse la sentencia que decreta el lanzamiento o restitución de la cosa, pues el artículo 1.106 del C.J. simplemente dispone que ella "se hará" dentro de los dos días siguientes "y el 1.114 *ibídem* habla de los "tres siguientes"; de lo cual resulta que no sabe si este término se cuenta a partir de la fecha de la providencia, o de la publicación o de la ejecutoria, etc.

Esta falta de precisión en los textos citados ha dado lugar a interpretaciones disímiles, por parte de los comentaristas nacionales. Así: el doctor Hernando Morales considera que los dos días de que habla el artículo 1.106 se deben contar desde el momento en que el fallo quede en firme, si la sentencia la va a cumplir el mismo juez, y que si hay comisión, tendrá el comisionado que fijar día y hora para la práctica de la diligencia, por medio de auto que se notifica por estados, pues que los dos días de que se habla, seguramente se habían vencido (3).

En cambio, el doctor Julio González Velásquez estima que el término de los dos días debe contarse a partir de la publicación que de la sentencia debe hacerse conforme a lo previsto por el artículo 479 del C. J., pero no agrega a su afirmación argumento alguno. (4).

Sin desconocer que esta última interpretación pudiera compadecerse más con la naturaleza del juicio de lanzamiento y que está conforme con lo dicho por la Comisión Redactora del Código cuando anota que el artículo 1106 "señala un corto lapso para que el lanzamiento se efectúe", parece más acorde a la lógica del código la interpretación que del prementado artículo hace el primero de los autores citados, ya que en esta forma se guarda armonía con el precepto del artículo 549 *ibídem*, el cual dispone que puede exigirse la ejecución de las resoluciones judiciales desde que, éstas queden ejecutoriadas, si en ellas mismas no se fija plazo para el cumplimiento de las obligaciones que declaren.

(3) Hernando Morales, ob. cit., Tomo II, pág. 127.

(4) Julio González Velásquez, ob. cit., comentarios al art. 1.106 del C. J.

Ahora, como tesis intermedia podría sostenerse que lo más razonable y acorde a la celeridad con que deben tramitarse y resolverse estos procesos, sería que el término se contara a partir de la notificación, pues en esta forma se evitarían dilaciones y ningún derecho resultaría lesionado, máxime cuando la apelación que contra el fallo se interpusiera por el demandado procedería en el efecto devolutivo.

La entrega de la cosa arrendada o dada a título precario se llevará a cabo de acuerdo con lo que dispone el artículo 2.006 del código civil, el cual ordena que "la restitución de la cosa raíz se verificará desocupándola enteramente, poniéndola a disposición del arrendador y entregándole las llaves, si las tuviere".

De otro lado, debe tenerse en cuenta el mandato del artículo 2.005 de la misma obra cuando preve que la cosa deberá "restituirse" en el estado en que le fue entregada —al tenedor—, tomándose en consideración el deterioro ocasionado por el uso y goce legítimos "y que, si no constare el estado en que le fué entregada, se entenderá haberla recibido en regular estado de servicio, a menos que pruebe lo contrario".

Finalmente, en tratándose de la entrega de la cosa a petición del arrendatario u otro tenedor, ésta se llevará a efecto en la misma forma; pero cuando el demandado rehusare recibirla, el depósito que de ella se haga se ajustará a las normas generales sobre secuestro (arts. 2273 y ss. C. C. y 273 y ss. del C. J.)

De esta manera, llegado que sea el día de practicar la diligencia de entrega de la cosa, el funcionario que cumpla la sentencia, debe extender el acta respectiva; acta que deberá firmarse por el funcionario, las partes que concurren, sus apoderados o voceros y el secretario, previa constancia dejada en ella de que el actor quedó en posesión real y material del bien, sea este mueble o raíz.

55).—*Incidente de oposición a la entrega.* El anterior es el procedimiento a seguir en la ejecución de las sentencias proferidas en estos juicios. Pero como en la práctica ocurre, con relativa frecuencia, que al momento de efectuarse la entrega se presenten situaciones que en muchos casos entrañan verdadera oposición y que sólo es dable resolver en el momento en que se formulen, no obstante que se hayan planteado a lo largo del debate judicial; y como, de otra parte, las situaciones que suelen presentarse son variadas y la solución diferente, en los apartes subsiguientes indicaremos la manera como se procede en los casos en que la habitación se encuentre ocupada por una persona enferma, o un tercero que se oponga a la ejecución alegando algún derecho sobre la cosa y en los eventos en que el demandado o

el demandante aleguen el derecho de retención sobre los objetos materia de la entrega.

56).—*Oposición por enfermedad de un ocupante.* Si se trata de entregar una habitación y en ella se encontrare una persona enferma cuya vida peligre si se le saca de allí, dispone el artículo 1.110 del Código Judicial que el funcionario que practica la diligencia, cerciorado del hecho por el dictamen de facultativos o peritos comunes nombrados por él, debe suspender la diligencia mientras subsista la indicada situación.

Los expertos deben ser preferentemente facultativos o peritos comunes donde aquéllos no existan, en número de dos o tres, según las reglas generales sobre dictamen pericial (art. 705 y ss. C. J.). El dictamen debe rendirse en el acto mismo de la diligencia.

De la facultad que se confiere en este artículo sólo puede hacerse uso una sola vez, "pues la ley no autoriza más y porque de lo contrario se podría abusar e impedir la consumación del lanzamiento", como lo anota el Dr. Hernando Morales (5).

57).—*Oposición de terceros.* Puede ocurrir también que al efectuarse la entrega de los bienes, éstos se hallen en poder de un tercero que justifique algún derecho a retenerlos. En tal caso, por mandato del artículo 1.119 del Código Judicial, se procede conforme a las reglas consignadas en los artículos 882 a 884 de la misma obra.

De acuerdo con la doctrina de los procesalistas nacionales, en la oposición que se presente al cumplimiento del fallo que ordena el lanzamiento del arrendatario se necesita, para que ella sea admitida, la concurrencia de los siguientes requisitos: 1º) Que el opositor sea un tercero en sentido jurídico; 2º) Que efectivamente retenga la cosa; y 3º) Que en el momento de la reclamación, justifique, es decir, compruebe plenamente su derecho a retenerla.

En consecuencia, no es suficiente que el opositor presunto afirme su calidad de tercero y que lo asiste algún derecho, se requiere perentoriamente que respalde sus afirmaciones con la prueba respectiva. Precisamente, cuando la Cámara de Representantes discutía el proyecto del Código Judicial vigente, aquella Corporación cambió la expresión "...un tercero que alegue un derecho" que traía el proyecto por la de "...un tercero que justifique un derecho".

Del anterior antecedente se colige que la intención del legislador fue la de tratar de impedir que se formularan oposiciones temerarias o aparentes, con el objeto de dilatar, en muchos casos, la ejecución

(5) Hernando Morales, ob. cit., Tomo II, pág. 129.

de la sentencia; intención esta que también se pone de manifiesto por los redactores del Código cuando, en la exposición de motivos, se anotó sobre el particular lo siguiente: "Para resguardar a una los derechos del demandante, del demandado y el tercer poseedor o tenedor se establece que si la cosa se encuentra en poder de persona que alegue (hoy justifique) alguno de esos caracteres para retenerla se siga la tramitación ya explicada en el título relativo a juicios posesorios".

La mayor dificultad que se presenta para resolver si la oposición debe aceptarse o no, radica en determinar quiénes son verdaderos terceros en sentido jurídico. Al resolver tal problema debe consultarse el artículo 474 del Código Judicial, de cuyo tenor se ha concluido por algunos que "los perjudicados con el fallo desfavorable al demandado se identifican con él jurídicamente, y por tanto, no son terceros; por el contrario, las personas a quienes no afecta la sentencia que ordena la entrega de la cosa raíz o mueble, se consideran como verdaderos terceros, con pleno y perfecto derecho para formular oposición al cumplimiento del fallo" (6).

Para una mejor inteligencia del problema que se plantea con la oposición provocada por personas distintas al demandado, puede consultarse la obra del doctor Antonio J. Pardo, TRATADO DE DERECHO PROCESAL CIVIL, Tomo II.

*Naturaleza del derecho del arrendatario.* Como lo anunciamos al estudiar la causal de terminación del contrato de arriendo, consistente en la extinción del derecho del arrendador, por hecho independiente de su voluntad (7), es pertinente ahora hacer algunas observaciones acerca de la naturaleza del derecho del arrendatario, ya que tal cuestión importa para los efectos de la oponibilidad del fallo y consiguiente oposición de los terceros.

Ahora bien: el arrendatario tiene por el arrendamiento, como enseñan Planiol y Ripert (8), un derecho de crédito contra el arrendador a fin de obtener el disfrute del inmueble arrendado; el arrendador está obligado, por la misma naturaleza del contrato, a hacer disfrutar pacíficamente de la cosa arrendada al arrendatario mientras dure el arrendamiento.

No obstante la afirmación de que el derecho del arrendatario sea puramente personal, no siempre ha sido unánime, sobre todo cuando

(6) Antonio J. Pardo, ob. cit., Tomo II, pág. 313.

(7) Véase causal 6ª, N° 26.

(8) Planiol y Ripert, TRATADO PRACTICO DE DERECHO CIVIL FRAN-  
CES. Primera Parte, Tomo X, N° 564 y ss. Traduc. Mario Díez Cruz. Ed.  
1.940 D., 346-944-P712.

el contrato se ha solemnizado por escritura pública registrada. Troplong fué el primero en sostener que el derecho del arrendatario es de naturaleza real, tesis seguida, entre otros, por Borrachina (Derecho Feral), Mucius Scaevola (C.C. Concordado, Tomo XXIV), De Buea, (Derecho Civil Común) (9).

Refiriéndose a la tesis de Troplong, dicen Planiol y Ripert: "Pero, en el estado actual de nuestro derecho, la doctrina de Troplong no es conciliable con el tenor literal ni con el espíritu de la ley. Los tratadistas y la jurisprudencia actualmente, convienen firmemente en atribuir al derecho del arrendatario la condición de "derecho puramente personal" —Guillourd, Baudry Lacantinerie, Wahl, Aubry y Rau, Duvergier, Proudhon, Colin y Capitant" (10).

Otros autores como Manresa, Sánchez Román, De Diego, Valverde y entre nosotros, Valencia Zea (11), sostienen que la naturaleza real del derecho del arrendatario está subordinada a un acto determinado o a una duración prefijada del contrato. Para estos autores, la expiración del derecho del arrendador no implica terminación del arriendo cuando éste constare por escritura pública debidamente registrada, ya que en tal caso el arrendatario es titular de "un verdadero derecho real" por poder oponerlo a todo el mundo.

Sin que esta sea la oportunidad ni tampoco un tema propio del trabajo propuesto, bástenos con anotar que la tesis de la naturaleza real del derecho del arrendatario, no ha logrado imponerse ni por vía jurisprudencial ni doctrinaria.

Para concluir esta nota, consideramos de interés transcribir algunos de los apartes que contienen poderosos argumentos en contra de la tesis de Troplong, y de los cuales es autor el italiano Fubini.

"...Pero reconocida la importancia económica del arrendamiento de larga duración, ¿se quiere decir con ello que cambie la naturaleza del negocio?. Nada más inexacto; la posición de las partes con referencia a la cosa permanece idéntica, y los elementos del negocio son los mismos, salvo que, naturalmente, deben relacionarse con la duración del arrendamiento.

"Ahora bien, puesto que la determinación del tiempo es uno de los elementos esenciales del contrato que puede influir sobre los demás, claro está que de tal elemento debe darse noticia a los terceros

(9) Cita de Castán Tobeñas, en la obra ARRENDAMIENTOS DE COSAS, del Italiano R. Fubini, pág. 68, Trad. de Roberto Sánchez J., Madrid, 1930.

(10) Planiol y Ripert, ob. cit., N° 546.

(11) Valencia Zea, ob. cit., Tomo IV, N° 269.

que el único sistema de publicidad que poseemos. (12). Es ridículo afirmar que el derecho del arrendatario sea real sólo porque en algunos casos se adopte un sistema de publicidad que sólo funciona para los derechos reales. La publicidad no puede cambiar la naturaleza del derecho, que tiene vida independiente a cualquier formalidad; lo que ocurre es que por las convenciones por las que se constituyen o transmiten los derechos reales, convenciones a las que la inscripción no añade nada, tal formalidad les otorga eficacia en cuanto a las relaciones con terceros.

“Pero hay más: el arrendamiento de inmuebles, inferior a una duración de nueve años no debe ser inscrito y, sin embargo, el derecho del arrendatario frente al adquirente permanece íntegro; por esto hay que observar, de un lado, que no es la duración o la formalidad especial de la inscripción los que confieren el carácter real al arrendamiento, y por otro, que no es cierto que la obligación del comprador del arrendamiento baste a dar un carácter especial al derecho del arrendatario.

Y, más adelante agrega: “...Además, la inexactitud de las opiniones de cuantos hacen depender la naturaleza real del derecho del arrendatario de la obligación del adquirente de respetar el arrendamiento, se podría demostrar también si discurremos acerca de lo que podría ocurrir cuando el arrendatario hubiere pactado con el arrendador la renuncia a lo dispuesto en el artículo 1597? (12<sup>a</sup>). Solo por esto se debería entonces afirmar, siguiendo el parecer de los que se basan en la citada disposición para sostener el carácter real, que el derecho de goce del arrendatario, en virtud de la indicada renuncia, adquiere el carácter de un derecho de obligación? Claro está que, si es lógica la contestación afirmativa, resulta entonces muy poco técnico establecer una línea tan tenue de división entre derecho personal y derecho real; sería posible, en este caso, a las partes, con una simple cláusula, determinar la naturaleza de la relación constituida. Si el contrato de arrendamiento da vida a un derecho real, éste no podrá resultar del contenido del artículo 1.597 y existiría aunque tal artículo no se hubiere escrito o aunque las partes hubiesen renunciado a ejercerlo” (13).

Volviendo sobre el tema de la oposición del tercero, tenemos que si se resuelve la oposición en sentido positivo, el funcionario que prac-

(12) En Italia es obligatoria la inscripción en el Registro de los contratos de arrendamiento sobre inmuebles, cuya duración sea mayor de 9 años.

(13) El art. 1.597 del C. C. Italiano tiene su equivalente en el 2.023 del C. C. Col.

(14) R. Fubino, ob. cit., pág. 50 y ss.

tica la diligencia deja la cosa materia de la entrega en poder del opositor, en calidad de secuestro, el cual se levanta si dentro de los cinco días siguientes el demandante no promueve contra dicho tercero el correspondiente juicio posesorio u ordinario (art. 882 C.J.).

Si el demandante niega al opositor el derecho de oponerse, se decide el punto mediante una articulación (art. 395 C.J.), durante la cual subsiste el secuestro y el opositor debe probar su derecho a retener la cosa en su poder.

Si la articulación se falla en favor del demandante, en el mismo auto se ordena la entrega de la cosa en la forma establecida en el artículo 880 sin que pueda entonces oponerse nadie. Si se falla en pro del opositor, los cinco días de que habla el artículo 882 se contarán desde el siguiente al en que quede ejecutoriado el auto que falla la articulación, si no es apelado, o si lo es, desde el siguiente al en que se reciba el expediente del superior en el juzgado *a-quo*. Así lo dispone el artículo 883 del Código Judicial.

Si el opositor no justifica su oposición, dispone el artículo 884 *ibídem*, incurre en una multa de cincuenta a quinientos pesos, sanción que impone el juez en el mismo auto en que falla la articulación, sin perjuicio de la responsabilidad civil y penal correspondiente.

58).—*Oposición del demandado. Derecho de Retención.* El derecho de retención es “la facultad que tiene un deudor para conservar en su poder el bien que está obligado a entregar, con el fin de garantizar el cumplimiento de prestaciones que se le deben por el acreedor y que tiene su fuente en el mismo contrato del cual surge la obligación de entregar” (14).

El derecho de retención, acerca de cuya naturaleza discrepa la doctrina, está reglamentado en el Código Civil, el cual proclama el principio de la no retención, al contrario de lo que ocurre en otros códigos. Efectivamente, el artículo 2.417 establece que no se podrá tomar del deudor cosa alguna contra su voluntad para que sirva de prenda, sino por el ministerio de la justicia; y, agrega el mismo texto, que no se podrá retener una cosa del deudor en seguridad de la deuda, sin su consentimiento, excepto en los casos que las leyes expresamente designen.

Para el fin que se persigue, se pueden citar como casos en que, por excepción, la ley reconoce el derecho de retención a favor del acreedor, los siguientes:

(14) Guillermo Ochoa G., Notas cit.

1º) Al usufructuario contra el nudo propietario (art. 859); 2º) Al poseedor o tenedor vencido en juicio de dominio (970 y 971); 3º) Al arrendatario contra el arrendador (1.993, 1.994 y 1.995); 4º) Al arrendador contra el arrendatario (art. 2.000); 5º) Al mandatario contra el mandante (2.188 C.C.); 6º) Al comodatario contra el comodante (arts. 2.216, 2.217 y 2.218); 7º) Al depositario contra el depositante (art. 2.258); 8º) Al secuestre judicial contra el dueño (arts. 2.274 y 2.279); 9º) Al acreedor prendario contra el deudor (art. 2.421). Fuera de los anteriores casos también se pueden citar los de los artículos 739 inc. 2º, 947, 1.882, 2.463 y 2.497, todos del Código Civil.

Como principio general, el demandado sólo puede oponerse al cumplimiento del fallo, si hace valer el derecho de retención y sólo con el fin de que se suspenda la entrega de la cosa raíz o mueble, hasta tanto el deudor le solucione el crédito o le asegure satisfactoriamente su importe.

*Oportunidad para alegar el derecho de retención.* Al tenor de lo que dispone el artículo 1.109 del Código Judicial, en armonía con los artículos 1.993 a 1.995 del Código Civil, si el arrendatario tiene derecho a ser indemnizado por el arrendador del costo de mejoras o reparaciones y alega ese derecho dando la prueba del caso *antes de la entrega, o al momento de hacerse ésta*, se le deja la cosa en su poder mientras el arrendador no le pague o le asegure su importe. Si este no está determinado, se fija por el mismo juez mediante una articulación.

No dice la ley que clase de caución deba otorgarse en este caso; pero teniendo en cuenta que el derecho de retención se extingue por la pérdida de la tenencia material de la cosa sobre la cual se ejerce y que, si así ocurre, al beneficiado se le hará muy difícil la satisfacción de su derecho, consideramos que ella debe ser de naturaleza real.

Lo que en los últimos textos citados se dispone en relación con el arrendatario, se extiende a los demás tenedores a quienes la ley sustantiva reconoce el derecho de retención, como se deduce claramente del contenido del artículo 1.115 del Código Judicial.

Refiriéndose a la oportunidad en que deba suscitarse dentro del juicio de tenencia, lo relativo al derecho de los detentadores a ser indemnizados por concepto de mejoras o reparaciones, el Dr. Hernando Morales considera que tal pretensión no puede presentarse durante el juicio, ya que en éste sólo se debate lo relativo a la terminación

de la tenencia. Así argumenta el distinguido tratadista: "Por eso, cuando la ley habla de que la cuestión sobre mejoras se puede plantear antes de la entrega, debe entenderse que tal cosa puede ocurrir con anterioridad a ella, pero después del fallo. La misma colocación del artículo 1.119 comentado, en el capítulo respectivo, permite inferir que el evento previsto en él sólo puede tener lugar una vez pronunciada la sentencia, entre otras cosas porque el derecho de retención nace cuando se va a entregar la cosa" (15).

Con todo el respeto que nos merece la opinión del profesor Morales, los argumentos que aduce para sustentar la afirmación anterior, no se compadecen con la lógica jurídica ni con los intereses de la parte que con el artículo 1.109 trata de garantizar la ley. No es exacto afirmar que durante el juicio sólo pueda discutirse lo relativo a la terminación de la relación contractual o de hecho, por cuanto el derecho de mejoras no da base a la oposición al lanzamiento.

Entre los varios motivos que legitiman al arrendatario o tenedor para formular oposición al desalojo, se encuentra, precisamente, el derecho a ser indemnizado por concepto de mejoras, expensas, etc. Ahora, si la misma ley lo autoriza para formular la oposición desde el momento mismo en que se constituye la relación jurídico-procesal, no se alcanza el fundamento para que tenga que aplazar el ejercicio de dicha facultad para después del fallo, cuando contingencias futuras e imprevistas puedan dar al traste con su derecho. Por lo demás, es práctica corriente que desde el momento mismo de trabarse la litis, cada parte aduzca frente a la otra todas las pretensiones que estime conducentes, entre ellas las relativas a mejoras sin que por ello los jueces y magistrados hayan rechazado lo atinente a ellas.

Que el derecho de retención sólo nazca al momento de la entrega, es una apreciación insostenible. El derecho se origina en el momento mismo en que a la cosa se incorporen las mejoras, expensas, reparaciones, etc., y se actualiza en el momento en que al acreedor trate de despojarse de la tenencia material de la cosa que lo está garantizando. De otro lado el artículo 1.108 del C. J., que en armonía con el 2.000 del C.C., reconoce el mismo derecho al demandante, dispone que de él debe hacerse uso por el actor conjuntamente con el libelo de demanda, pieza ésta que tiene su equivalente para el demandado en el libelo de contestación.

Finalmente, el argumento en orden a la colocación del artículo no autoriza para hacerle decir a éste que la expresión "antes de la

(15) Hernando Morales, ob. cit., Tomo II, pág. 128.

entrega" se refiera a una oportunidad posterior al fallo, ya que antes de la entrega se presenta también la oportunidad de formular la correspondiente oposición. Y, si de cuestión de tiempo o dilación del juicio se trata, resulta de economía procesal aprovechar el período probatorio del juicio para demostrar el derecho que asiste al demandado.

El doctor Ramón Gómez Cuéllar, después de referirse al incidente de regulación de mejoras que puede tener lugar en estos juicios, se expresa así: "Todo ello viene a hacer interminable el juicio que debiera ventilarse en el curso de días y no de meses. Existiendo, como existe en él un término de prueba (art. 1.105), lo indicado es que durante él se acredite el punto de mejoras" (16).

En conclusión, puede decirse que reconocido el derecho de retención en favor del demandado, si ello ocurrió en la sentencia o en providencia anterior a la entrega, no se hace el señalamiento para la práctica de ésta hasta tanto el demandante compruebe haber solucionado o caucionado el crédito en favor del inquilino o tenedor. Si el derecho de que se trata se reconoció al momento de verificarse la entrega del bien al actor, bien que allí se hubiere determinado el importe o haya sido necesario el trámite de la articulación, lo conducente y más práctico es *suspender* la diligencia hasta tanto se demuestre por el obligado que el derecho del beneficiado fue satisfecho o garantizado.

Procediendo en la forma que se acaba de indicar, se consulta mejor la economía procesal y se evita el seguimiento de un nuevo juicio de tenencia, tal como parece que eventualmente pudiera ocurrir, según lo dispone el artículo 1.115 del C. J., en su última parte.

Para terminar, como lo anota Hernando Morales, con fundamento en una jurisprudencia del H. Tribunal de Bogotá, debe tenerse en cuenta que la regulación del valor de la indemnización por concepto de mejoras, expensas, etc., no puede servir de título ejecutivo al beneficiado con el derecho de retención reconocido. La regulación no tiene por objeto la condenación a un pago en favor de determinada persona y en contra de otra, sino el de estimar su precio, para poder ejercitar el derecho de retención sobre la cosa dada en tenencia, pero en manera alguna puede alegarse que dicho valor pueda exigirse mediante la acción ejecutiva.

59).—*El Good Will como mejora*. La misma expresión "good will como mejora", despierta cierto interés para quienes se ocupan

(16) Ramón Gómez Cuéllar, ob. cit., pág. 269.

de la investigación científica de los temas jurídicos, mucho más cuando hoy se habla con insistencia de la comercialización del derecho civil.

Aunque, este inquietante tópico del derecho corresponde al ámbito del derecho comercial, no está por demás consignar aquí algunas inquietudes acerca del "good will", máxime cuando los conflictos que de él puedan surgir corresponden en su conocimiento a los Jueces Civiles, por cuanto aún no se ha reglamentado lo relativo al funcionamiento de los "Tribunales de Comercio", autorizados por la Reforma Constitucional de 1.945. (17).

Como se sabe, ni el Código Civil ni el de Comercio contienen una disposición que haga alusión directa al good will como mejora, expresión que tiene su equivalente en el "aviamiento" italiano, "achalandage" del derecho francés y "llave" en las legislaciones Argentina y Chilena, vocablos todos dirigidos a significar el buen crédito o plusvalía del establecimiento comercial.

El problema del good will como mejora, en varias ocasiones ha sido planteado ante los estrados judiciales como fundamento de oposición al cumplimiento de las sentencias de lanzamiento, sin que aún el criterio sobre este punto sea uniforme. Jueces ha habido que lo han reconocido como fundamento de la oposición, mientras que otros han proveído, no desconociendo o rechazando el derecho alegado sino remitiendo al reclamante a la acción subsidiaria del enriquecimiento indebido. O mejor, han desechado la oposición alegada con fundamento en el derecho a tal indemnización, no por desestimación del derecho sino por la improcedencia de la vía procedimental adoptada.

El good will o aviamiento, como lo llama el proyecto de Código de Comercio, interesaba anteriormente como materia de especulación doctrinaria, pues el legislador sólo por aspectos fiscales y contables se había referido a él. Mas hoy, su estudio requiere una mayor atención ya que el excelente proyecto de código de comercio, en su artículo 31, lo considera y regula como uno de los elementos integrantes del establecimiento de comercio. Si a lo anterior se agrega que como un gran número de locales destinados al comercio no son de propiedad del comerciante o empresario, los conflictos entre arrendador y arrendatario, en relación con este intangible, pueden crecer de número como de hecho aumentan, y que acerca de ellos tendrá que proveer la justicia, la cuestión del good will no deja de tener un gran interés.

(17) Art. 69 del Acto Legislativo N° 1 de 1945, correspondiente al 169 de la actual codificación constitucional.

Gabino Pinzón, uno de los distinguidos juristas que tomaron parte en la redacción del Proyecto aludido, se expresa así refiriéndose al good will:

“El aviamiento, sea que se le considere objetiva o subjetivamente, representa la mayor o menor aptitud de la hacienda (establecimiento de comercio) para alcanzar su finalidad de lucro y actúa como una verdadera “fuerza de inercia que lleva implícita la hacienda”. Es según expresión de ESCARRA, una calidad virtual o potencial del establecimiento de comercio, que permite el acrecentamiento del volumen de sus negocios y que, más que en el factor personal que representa el propietario del mismo, se funda especialmente en la situación del establecimiento y en sus factores objetivos”. Para la Corte de Casación Italiana, “consiste el aviamiento en la expectativa de beneficios futuros fundada sobre el conjunto de los elementos materiales o inmateriales que integran la hacienda” (18).

No sin antes observar lo ajeno que resulta al trabajo la insistencia en torno a tan interesante tema, es bueno concluir esta nota al margen sobre el good will con un aparte de la exposición de motivos del ya citado proyecto de Código de Comercio, ya que él puede servir para la formación de un criterio más definido acerca de la viabilidad de la alegación de este intangible como mejora en los juicios de lanzamiento, relativos a locales destinados a establecimientos de comercio.

Así se lee en la exposición de motivos: “La Comisión siguiendo muy de cerca el decreto francés de 1.953 ha propuesto, como parte integrante de su proyecto sobre esta materia, una serie de preceptos destinados a regular las relaciones entre los propietarios y arrendatarios de los locales ocupados con establecimientos de comercio. Porque es indudable que quien ha acreditado un establecimiento de comercio y creado en torno a él una clientela que se orienta más por el local ocupado que por cualquiera otra circunstancia, ha creado uno de los elementos inmateriales que incrementan el rendimiento o la productividad de toda empresa. Y ese elemento, que es a veces tan valioso que sirve de motivo para el cobro de primas cuantiosas por la cesión de un local, no es fruto de la actividad del propietario sino de la del arrendatario; por eso es digno de protección en quien lo ha creado, y no es justo que sea el mismo propietario el que se beneficie con él, recaudando primas por privar de ese derecho al in-

(18) José Gabino Pinzón, DERECHO COMERCIAL, Vol. I, pág. 149. Editorial Temis, 1957.

quilino, por convertirse, casi siempre, en instrumento o aliado de la competencia desleal, que generalmente utiliza estos medios para aprovechar la labor y la paciente espera de otros. Lo cual quiere decir que no es que se pretenda limitar o desconocer el derecho de propiedad del arrendador sino proteger simplemente un elemento creador de beneficios económicos que no es obra del propietario sino del inquilino, para que cada uno ejerza su derecho en la medida de lo que es suyo. La primera idea fundamental que inspira el proyecto es, pues, la de que ese elemento inmaterial de que se habla tiene toda la entidad de un verdadero objeto de propiedad privada, distinto del objeto de la propiedad del arrendador, que debe protegerse en su propietario contra cualquier *abuso del derecho* del arrendador y que para evitar que éste se *enriquezca sin causa*, aprovechando la labor de un inquilino a quien se priva de un derecho creado por él" (19).

60).—*Derecho de retención del arrendador.* El artículo 2.000 del Código Civil dispone que entre las obligaciones que incumben al arrendatario está la de pagar la renta o canon en la forma convenida y que el arrendador podrá "para seguridad de este y de las indemnizaciones a que tenga derecho, retener todos los frutos existentes de la cosa arrendada y todos los objetos con que el arrendatario la haya amueblado, guarnecido o provisto y que le pertenecen. Y, concluye el mismo artículo estableciendo una especie de presunción de propiedad de los frutos y objetos al decir que "se entenderá que le pertenecen, a menos de prueba contraria".

Para asegurar la efectividad del derecho de retención del arrendador se consignó en el Código Judicial el artículo 1.108, siendo entendido que tal disposición no autoriza retener aquellos bienes que, por ministerio de la misma ley, tienen la calidad de inembargables (art. 1.004 del C. J.).

De este derecho únicamente puede hacer uso el arrendador en el libelo de demanda, a diferencia de lo que ocurre con el arrendatario, quien, como se dijo, puede ejercitarlo o alegarlo desde la notificación del libelo hasta el momento mismo de la entrega. Si en la sentencia se reconociere al arrendador el derecho de retención, al momento del desalojo o restitución de la cosa, se dejan los objetos afectados a la retención en poder del arrendador, en calidad de secuestro; con cargo de promover dentro de los tres días siguientes la acción conducente para el logro de la efectividad del crédito. Si no la promoviere dentro

(19) Exposición de motivos del Proyecto del Código de Comercio, Tomo II, págs. 36 a 40. Publicado por el Ministerio de Justicia. 1958.

del expresado término, el secuestro se levantará, si así lo solicitare el dueño o poseedor de ellos.

A fin de no hacer ilusorio el derecho que por el artículo 2.000 se reconoce al arrendador y nugatoria la medida regulada por el artículo 1.108, algunos comentaristas propugnan porque el secuestro se autorice como medida preventiva, en la misma forma que para otra clase de juicios (20).

Gómez Cuéllar, en sus Comentarios al Código Judicial, se pronuncia así sobre el particular: "Este secuestro tiene por objeto asegurar no solamente los arrendamientos sino el valor de los deterioros causados. Como el lanzamiento no sigue inmediatamente a la notificación del libelo, el derecho de que se trata viene a ser generalmente ilusorio.

"Para subsanar la deficiencia, la Academia de Jurisprudencia en su proyecto de reformas dispone reemplazar este artículo por el siguiente: "Antes de intentarse la demanda de lanzamiento, podrá el arrendador a quien se deban sumas por cuenta del arrendamiento, promover ante las autoridades de Policía, con observancia del artículo 1.007 del Código Judicial, embargo y depósito de los muebles y objetos que se encuentren en la finca arrendada.

"El patrono u hotelero que tenga en su poder objetos que el inquilino hubiere introducido en la habitación arrendada, podrá retenerlos sin necesidad de orden expresa mientras dicho inquilino o huésped no hubiere pagado su cuenta. De cualquier reclamación sobre el particular conocerán las autoridades de Policía".

Para llegar a estas conclusiones —continúa el autor citado—, se tuvo en consideración: por una parte, que el derecho de retención de que trata el artículo 2.000 del Código Civil, no puede ejercitarse por el arrendador sino cuando efectivamente tiene en su poder los objetos sobre que pretende constituir la garantía del arrendamiento debido, como sucede en el caso del hotelero o patrono, y que, efectuándose el depósito de acuerdo con el artículo 1007 del Código Judicial, los muebles de la habitación del inquilino no son retirados de ella, sino que se dejan en su poder, bajo las sanciones impuestas a los secuestros" (21).

61).—*La cosa juzgada en los juicios de tenencia.* La institución de la cosa juzgada, materia de estudio de la teoría general del proce-

(20) Entre otros Restrepo Barrientos, González Velásquez y Ramón Gómez Cuéllar.

(21) Ramón Gómez Cuéllar, ob. cit., pág. 268.

dimiento, se ha definido en forma simple como "la autoridad y la fuerza que la ley atribuye a la sentencia ejecutoriada" (22).

Nuestro estatuto procedimental, regula lo relativo a la cosa juzgada en los artículos 17 del Código Civil y 473 y 474 del Código Judicial, preceptos de acuerdo con los cuales, la sentencia en firme dada en materia contenciosa tiene la fuerza de cosa juzgada y hace absolutamente nula cualquier decisión que le sea contraria, pronunciada en el mismo asunto y entre las mismas partes.

Para que la cosa juzgada surta efectos en otro juicio, se requiere que la nueva demanda tenga el mismo *objeto* y se funde en las mismas *causas* que la primera, y que haya identidad jurídica entre las personas de los litigantes.

Se entiende que hay identidad jurídica de personas, siempre que las partes en el segundo pleito sean causahabientes a título universal de las que figuran en el primero, o a título singular por legado o enajenación efectuada con posterioridad al registro de la demanda, si se trata de inmuebles, o a la notificación de ésta si de muebles. Hay también identidad de personas en los casos de obligaciones solidarias o indivisibles (v. artículo 233 C.J.).

La doctrina anterior que es la norma general, no puede aplicarse en toda su extensión a las sentencias dictadas en los juicios de tenencia, pues, como se verá la regla sufre una excepción en tratándose de juicios de lanzamiento, ya que si se desestima la acción instaurada con fundamento en hechos susceptibles de repetición posterior al pronunciamiento del fallo, se puede instaurar de nuevo la misma acción y por idénticos motivos, sin que el demandado pueda excepcionar con fundamento en el artículo 473 del Código Judicial.

En forma clara y precisa se expresa así el Profesor Antonio J. Pardo, al tratar este tema:

"Creemos que cuando la causa jurídica de la acción no tiene el carácter de inmutable o fija, como sucede con la demanda de dominio o reivindicación, en que el fundamento viene a ser el derecho de propiedad, sino que consiste en hechos que pueden repetirse, subordinados a condiciones de tiempo, modo y lugar, desechada una demanda con base en determinado motivo jurídico, posteriormente se puede ejercitar la misma acción, alegándose el mismo fundamento, si este consiste en sucesos posteriores a la primera sentencia, sin que se pueda alegar la excepción de cosa juzgada.

(22) Eduardo Pallares, DICCIONARIO DE DERECHO PROCESAL CIVIL, Editorial Porrúa. México, 1960.

“Esta situación se presenta, por ejemplo, en la acción de divorcio de matrimonio civil, o de separación de bienes, o de tenencia o lanzamiento del arrendatario”.

Luego cita el autor el caso del inquilino que nuevamente incurre en mora, después de haber sido absuelto por cuanto acreditó el pago de todos los cánones, y considera que en tal evento no existiría óbstatulo alguno para que, con base en la misma causal, se le demande en acción de lanzamiento. Y agrega, que en este ejemplo “aunque existe identidad de causa desde el punto de vista legal, o sea, en cuanto a su denominación en concreto, los fundamentos son distintos porque se basan en hechos ocurridos en diferentes épocas. No es lo mismo, concluye, el no pago del arrendamiento en 1.946 que el desconocimiento de la misma obligación por el inquilino en 1.947, y de allí que falte la identidad en las causas jurídicas de las dos acciones, elemento indispensable para que exista la cosa juzgada” (23).

62).—*Acción para el cobro de cánones adeudados.* En nuestro ordenamiento positivo procesal, al contrario de lo que ocurre en el Uruguay y en otros países, no aparece cual sea el procedimiento que ha de seguirse para el cobro de las rentas adeudadas, por concepto de arrendamientos.

El artículo 21 de la ley 8.153 de 1.927 del Uruguay, autoriza la deducción conjunta en una misma demanda de las acciones de desalojo y la de cobro ejecutivo de alquileres. Conforme a dicho precepto, en el auto que admita las demandas acumuladas se decretará el embargo de bienes embargables del deudor, con preferencia de aquéllos sobre los cuales pueda ejercitarse el derecho de retención.

Se admite también, en aquel ordenamiento, el embargo preventivo de bienes, en caso de que se acredite sumariamente que el arrendatario o inquilino trata de distraer los bienes que sirven de prenda al acreedor-arrendador.

Perfeccionado el embargo e intimada (notificada) la orden de lanzamiento, se seguirán por cuerdas separadas los procesos de ejecución y desalojo, adoptando cada cual sus trámites propios.

Como se anotó, ni el código judicial ni leyes especiales han previsto un procedimiento distinto del ordinario para el cobro de alquileres adeudados. Algunos jueces, con fundamento en doctrinas de la H. Corte Suprema de Justicia, le han reconocido mérito de título ejecutivo al contrato de arrendamiento, debidamente reconocido y adi-

(23) Antonio J. Pardo, ob. cit., Tomo I, pág. 454.

cionado con un juramento estimatorio de la deuda y las copias de las sentencias de lanzamiento y acta de entrega.

Aunque nos quedan algunas dudas acerca de que los documentos anunciados constituyan por sí solos la unidad jurídica del título ejecutivo, exigida por el artículo 982 del C. de P. C. y que la ley en parte alguna autorice el juramento estimatorio, como sí lo hace para el caso de que la causa jurídica de la obligación consista en perjuicios (arts. 625, 987, 988 y 995 del C. J.), amén de la generalización de esta tesis, es lo cierto que el procedimiento seguido está respaldado con la doctrina de la entidad rectora de la jurisprudencia nacional que, si bien no es de obligatoria observancia, nuestra tradición jurídica la ha acatado siempre.

Así se expresa sobre el particular la H. Corte:

“Demostrada la existencia de la obligación, le corresponde al demandado probar que ella se ha extinguido por solución o pago efectivo, o por cualquier otra causa legal, conforme al principio establecido por el artículo 1.757 del C. C. A este respecto la Corte, analizando la naturaleza del contrato de arrendamiento, ha sostenido: “Aunque el contrato de arrendamiento es bilateral, cumplida por el arrendador la obligación inicial de entregar la cosa arrendada, el da acción ejecutiva para el cobro de los cánones que adeuda el arrendatario, según afirmación del arrendador, siempre, se entiende, que el documento haya sido reconocido por el deudor, y este no prueba que el arrendador dejó de cumplir las demás obligaciones de su incumbencia. Cuando se demanda el pago de los cánones que adeuda el arrendatario, conviene anotar que, para acreditar la existencia de la deuda, no incumbe al arrendador probar que el arrendatario no pagó los cánones a que se contrae la demanda o cobro, una vez que los hechos negativos de negación absoluta, no son susceptibles de prueba (prueba directa). Bástale al arrendador afirmar que no se le han cubierto los arrendamientos correspondientes a determinado lapso para que haya de presumirse verdadero tal hecho, en tanto que el arrendatario no presente prueba del hecho afirmativo del pago” (24).

NOTA: El anterior estudio hace parte de la tesis de grado titulada: Juicios de Tenencia y Control de Arrendamientos, presentada por el autor para obtener el título de Abogado en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia.

(24) Gaceta Judicial, Tomo XXXVI, 139 y LXXXII, 414.