

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MONTERÍA
SALA TERCERA CIVIL-FAMILIA-LABORAL

Magistrado Sustanciador: CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO

Proceso: Ordinario laboral.

Radicado: 23-001-31-05-001-2019-00223-02. **Folio:** 12-21

Montería, veintiuno (21) de febrero del dos mil veintidós (2022)

Se procede a examinar solicitud de corrección del auto de fecha ocho (8) de febrero del 2022, por medio del cual se concedió recurso de casación, presentada por el apoderado judicial de Cerromatoso S.A.

I.CONSIDERACIONES

I.II. En el asunto, sea lo primero advertir que la figura de la corrección se encuentra regulada en el artículo 286 del Código General del Proceso, el cual es aplicable a este asunto, se dispone:

"ARTÍCULO 286. CORRECCIÓN DE ERRORES ARITMÉTICOS Y OTROS. *Toda providencia en que se haya incurrido en error puramente aritmético puede ser corregida por el juez que la dictó en cualquier tiempo, de oficio o a solicitud de parte, mediante auto. (...)"*

Radicado: 23-001-31-05-001-2019-00223-02. **Folio:** 12-21

De acuerdo al contenido de la norma, la corrección no pone al juzgador en capacidad de variar su propia sentencia, pues, la facultad que brinda el artículo 286 del C.G.P. es corregir los errores por omisión o cambio de palabras o alteración de estas, siempre que estén contenidas en la parte resolutive o influyan en ella, distinto es pretender modificar o reformar lo ya resuelto.

I.III. El señor apoderado menciona:

"En la parte considerativa se indica "Es necesario mencionar que el Dr. José Roberto Herrera Vergara presenta sustitución de poder a favor del Dr. Hernán Mauricio Hueje, por lo anterior, en virtud de los artículos 74 y 75 del C.G.P, y evidenciando que el primero en mención está facultado para sustituir de acuerdo al poder otorgado, se procederá a reconocer personería al señor abogado".

No obstante, en el numeral tercero (aunque se enumera como "QUINTO") del resuelve manifiesta:

QUINTO: RECONÓZCASELE Y TENGASE al Dr. Hernán Mauricio Hueje, identificada con la C.C. N° 11.229.737 y T.P. N° 240.383 del CSJ como apoderado sustituto de la entidad demandada Colpensiones.

Tal circunstancia constituye un error, pues el doctor José Roberto Herrera Vergara, actúa como apoderado judicial de CERRO MATOSO S.A., y por lo tanto, ha debido reconocérsele personería como apoderado sustituto de dicha sociedad y no de COLPENSIONES, como equivocadamente figura en el auto."

Pues bien, examinada la considerativa y el respectivo poder, se observa procedente la solicitud presentada por el Dr. Hueje, por lo cual se procederá a corregir el mencionado yerro, al igual que la secuencia numérica, donde se señaló erróneamente el numeral tercero como quinto.

Como la inconformidad manifestada contra la Sentencia dictada por esta Sala de Decisión fue presentada de forma oportuna y por parte legitimada, procede su concesión.

II.RESUELVE:

PRIMERO: CORREGIR el numeral erróneamente referido como QUINTO del auto de fecha ocho (8) de febrero de 2022, el cual quedará de la siguiente forma:

"TERCERO: RECONÓZCASELE Y TENGASE al Dr. Hernán Mauricio Hueje, identificada con la C.C. N° 11.229.737 y T.P. N° 240.383 del CSJ como apoderado sustituto de la entidad demandada Cerromatoso S.A."

SEGUNDO: Una vez cumplido el respectivo termino, cúmplase lo dispuesto en el numeral segundo del auto de fecha ocho (8) de febrero del 2022.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO
Magistrado



KAREM STELLA VERGARA LÓPEZ



CRUZ ANTONIO YÁNEZ ARRIETA
Magistrado

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MONTERÍA



SALA TERCERA DE DECISIÓN CIVIL – FAMILIA – LABORAL

Radicado N° 23-001-31-05-005-2018-00329-01

Folio 32-19 / Ordinario Laboral

Montería, veintiuno (21) de febrero de dos mil veintidós (2022)

OBEDÉZCASE Y CÚMPLASE lo resuelto por el Superior. Oportunamente devuélvase el expediente al juzgado de origen.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE

CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO
Magistrado

**RAMA JURISDICCIONAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MONTERÍA**



**SALA CUARTA DE DECISIÓN CIVIL FAMILIA LABORAL
MAGISTRADA PONENTE: KAREM STELLA VERGARA LÓPEZ**

RADICACION: 23.001.31.03.003.2019.00125.01 FOLIO 72-2021

(Estudiado, discutido y aprobado de forma virtual)

MONTERÍA, FEBRERO VEINTIUNO (21) DE DOS MIL VEINTIDÓS (2022)

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por las partes demandante y demandada respecto de la sentencia de fecha 6 de octubre del año 2020, proferida por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Montería, dentro del proceso verbal impetrado por JUAN RICARDO MAHUAD FERNANDEZ y JORGE JOSE MAHUAD FERNANDEZ contra COMUNICACIÓN CELULAR SA COMCEL SA.

1. ANTECEDENTES

1.1. PRETENSIONES

Pretenden la parte actora se hagan las siguientes declaraciones y condenas:

1. Que el 1º de febrero de 2008, los demandantes en calidad de arrendadores y la sociedad COMUNICACIÓN CELULAR S.A. – COMCEL S.A.- en calidad de arrendataria, celebraron un contrato de arrendamiento sobre el inmueble distinguido con la matrícula inmobiliaria No. 140-93997 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Montería, destinado a establecimiento de comercio.
2. Que el contrato de arrendamiento se renovó automáticamente a partir del 2 de febrero de 2018.
3. Que en virtud de la renovación del contrato los demandantes tienen derecho a discutir y regular las nuevas condiciones que regirán en lo sucesivo el vínculo contractual.

4. Que el nuevo canon de arrendamiento del inmueble objeto del contrato corresponde al que determine el dictamen pericial que se aporta, conforme al método pertinente para este tipo de dictámenes, o en su defecto, el valor que regule el juzgado conforme a lo probado en el proceso.
5. Como consecuencia de lo anterior, se condene a la sociedad demandada a pagar a los demandantes de forma retroactiva, desde el 2 de febrero de 2018, la diferencia causada entre el valor pagado por concepto de canon de arrendamiento y el que sea regulado por el juzgado hasta que finalice el contrato.
6. Que se ordene que el incremento anual del canon de arrendamiento corresponde al IPC más 11 puntos, en su defecto, a la suma fija que determine el juzgado por cada año de vigencia del contrato.
7. Que es abusiva y pon ende ineficaz de pleno derecho, el numeral octavo de la cláusula segunda del contrato de arrendamiento, por conceder una facultad exclusiva y unilateral a la demandada, impuesta en abuso de su posición dominante en detrimento de los derechos de los arrendadores y en contravía de las normas que regulan la cesión de derechos y obligaciones.
8. Que se condene a la demandada al pago de la indexación sobre los valores antes señalados y actualizados conforme al IPC al momento de la sentencia.
9. Que se condene a la sociedad demandada al pago de los intereses moratorios causados por los valores antes señaladas desde la ejecutoria del fallo.
10. Que se condene a la demandada al pago de las costas y agencias en derecho.

1.2. HECHOS

Se relata en la demanda con respeto al VÍNCULO CONTRACTUAL lo siguiente:

1. El 1º de febrero de 2008, entre JORGE MAHUAD SEBBA (qepd) en calidad de arrendador y la sociedad COMUNICACIÓN CELULAR S.A. – COMCEL S.A. en calidad de arrendataria, se celebró un contrato de arrendamiento de un inmueble con destino a establecimiento comercial.

2. El inmueble objeto del contrato de arrendamiento tiene un área de 234 mts² aproximadamente, se encuentra ubicado en la carrera 1C número 41-111 de Montería, con M.I. 140-93997 y referencia catastral No. 01-01-0074-0022-000.

3. En virtud del contrato suscrito, el arrendador concedió la tenencia del inmueble descrito a la sociedad arrendataria y la facultó para instalar una estación de telefonía móvil celular para la transmisión de comunicación celular en el sector, equipada con torres, antenas, equipos celulares, contenedor o cuarto de equipos celulares y microondas, equipo de respaldo para casos de pérdidas o fallas en el fluido eléctrico, caseta para transferencia y depósito, junto con los elementos que consideró necesarios para el correcto funcionamiento de la estación.

Con respeto a las CLÁUSULAS ABUSIVAS narra lo siguiente:

4. En el numeral octavo de la cláusula segunda del contrato de arrendamiento, se estipuló que *“EL ARRENDATARIO tiene la facultad de dar por terminado este contrato de manera unilateral en cualquier momento, mediante notificación previa por escrito con treinta (30) días de antelación, sin que por este hecho haya lugar al pago de indemnización alguna, estipulación que desde ahora acepta expresamente EL ARRENDADOR”*.

5. La cláusula transcrita en el hecho anterior resulta abusiva, pues, concede únicamente a la sociedad arrendataria, en abuso de su posición dominante, la facultad de terminar unilateralmente el contrato de arrendamiento, sin lugar a reconocer indemnización alguna a favor del arrendatario.

6. En la cláusula cuarta del contrato de arrendamiento se estableció como valor inicial del canon la suma de UN MILLÓN DOSCIENTOS MIL PESOS (\$1.200.000) M/CTE, indicándose que ésta se incrementaría anualmente, de forma automática, con base en el índice de precios al consumidor (I.P.C.).

7. La estipulación contenida en la cláusula cuarta antes descrita, genera un rompimiento del equilibrio económico del contrato, pues por la pérdida del poder adquisitivo de la moneda no resulta proporcional ni equitativo mantener, tanto el valor del canon pactado hace más de diez (10) años, como el porcentaje de incremento basado en el índice de precios al consumidor (I.P.C.).

8. La cláusula séptima del contrato de arrendamiento establece que *“EL ARRENDATARIO podrá ceder o traspasar, total o parcialmente el presente contrato, sin que se requiera autorización previa por parte del ARRENDADOR”*.

9. La cláusula transcrita en el hecho anterior resulta abusiva e ilegal, pues concede únicamente a la sociedad arrendataria, en abuso de su posición dominante, la facultad de ceder unilateralmente el contrato de arrendamiento, sin previo conocimiento y autorización del arrendador; lo que contraría las normas sustanciales que regulan la cesión de derechos y obligaciones.

Referente a la CESIÓN DEL CONTRATO Y LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA relata:

10. Mediante escrituras públicas número 3621 de 23-12-2009 de la Notaría Segunda de Montería y número 1825 de 10-08-2010 de la Notaría Tercera de Montería, los demandantes adquirieron el dominio del inmueble distinguido con matrícula inmobiliaria número 140-93997, objeto del contrato de arrendamiento.

11. Mediante comunicación de fecha agosto 20 de 2010, los demandantes notificaron a COMCEL S.A. que habían adquirido el dominio del inmueble distinguido con matrícula inmobiliaria número 140-93997, y que, además, les había sido cedido el contrato de arrendamiento suscrito el 01 de febrero del año 2008, por lo que, en adelante, serían los nuevos arrendadores del inmueble.

12. Mediante escrito de fecha 06 de septiembre de 2010, la representante legal de COMCEL S.A., aceptó la cesión del contrato de arrendamiento, sin condición alguna.

En relación a los DESACUERDOS EN LA RENOVACION DEL CONTRATO relató:

13. El término inicial pactado para la duración del contrato de arrendamiento suscrito, fue de diez (10) años, comprendidos entre 1º de febrero del año 2008 y el 1º de febrero del año 2018.

14. El día 17 de julio de 2017, los demandantes remitieron comunicación escrita al representante legal de COMCEL S.A., indicándole que una vez se cumpliera el término de duración, su intención era la de dar por terminado el contrato de arrendamiento, por considerar que algunas condiciones del contrato, incluida la relativa al valor del canon y su incremento anual, eran desproporcionadas por haberse pactado hace más de diez (10) años.

15. En la misma comunicación, los demandantes manifestaron al representante legal de COMCEL S.A., que si la sociedad optaba por hacer uso del derecho a la renovación del contrato, se debían eliminar varias cláusulas abusivas, y, en general, las partes debían renegociar varias condiciones del contrato inicial, entre ellas, el nuevo valor del canon, el

monto del incremento anual, así como la eliminación y/o modificación de las cláusulas abusivas existentes.

16. Mediante comunicación del 11 de agosto de 2017, la sociedad COMCEL S.A., manifestó a los demandantes su intención de hacer uso del derecho a la renovación del contrato, pero bajo las mismas condiciones pactadas hace más de diez (10) años, incluida la relativa al valor del canon de arrendamiento.

17. Mediante comunicación del 12 de septiembre de 2017, los demandantes ratificaron al representante legal de COMCEL S.A., que, si la intención de la sociedad era renovar el contrato, las partes debían concertar la modificación de las condiciones iniciales del contrato, en cuanto al valor del canon, su incremento anual y la eliminación de varias cláusulas abusivas.

18. Mediante comunicación de 30 de noviembre de 2017, la sociedad COMCEL S.A. indicó a los demandantes que el contrato de arrendamiento se había renovado por ministerio de la ley, y que su intención era la de continuarlo en las mismas condiciones pactadas hace más de diez (10) años.

19. El valor del canon de arrendamiento para el momento de la presentación de la demanda, en razón del incremento anual con base en el índice de precios al consumidor (I.P.C.), asciende a la suma de UN MILLÓN SETECIENTOS OCHENTA Y SEIS MIL QUINIENTOS OCHENTA Y SEIS PESOS (\$1.786.586) M/CTE.

20. El día 25 de octubre de 2018, en el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Fundación Mínimo Vital, se celebró audiencia de conciliación extrajudicial en derecho, previa citación hecha por los demandantes al demandado, a efectos de llegar a un arreglo sobre las diferencias que han surgido en la renovación del contrato; sin que se lograra acuerdo, dado que la parte demanda no hizo ofrecimiento alguno.

21. Luego de celebrada la audiencia de conciliación extrajudicial, la sociedad COMCEL S.A. de forma reiterada, ha mantenido comunicación telefónica con los demandantes y les ha propuesto acceder al aumento del canon de arrendamiento en la suma de \$3.500.000,00, sin embargo, se niega a reconocer de forma retroactiva dicho incremento y tampoco se allana a la eliminación de las cláusulas abusivas contenidas en el contrato inicial.

22. Entre los demandantes y la sociedad demandada han surgido diferencias en la renovación del contrato de arrendamiento, ya que los primeros pretenden realizar regulaciones

convencionales diferentes a las pactadas en el contrato expirado, en especial, lo relativo al aumento del canon, el porcentaje de incremento anual y la eliminación de cláusulas abusivas; y la segunda, busca que el contrato no sufra ningún tipo de modificación, pese a que se suscribió hace más de diez (10) años.

1.3. EL ESCRITO DE RÉPLICA

La demandada por conducto de apoderado manifestó frente a los hechos ser ciertos algunos, otros no, algunos no eran hechos, y otros eran parcialmente ciertos. Se allanó las pretensiones primera, segunda y tercera; y se opuso a la prosperidad de las demás pretensiones enunciadas en la demanda. Propuso las siguientes excepciones de mérito: *“ausencia de abuso de la posición dominante y de cláusulas abusivas dentro del contrato suscrito entre las partes; ausencia del rompimiento del equilibrio económico del contrato e imposibilidad de revisar el contrato; imposibilidad de realizar una revisión retroactiva del contrato; prescripción parcial de las pretensiones de la demanda; y, ratificación tácita de las cláusulas del contrato de arrendamiento”* (Folios 289 a 311 expediente de primera instancia arrimado a esta instancia escaneado).

2. LA SENTENCIA APELADA

2.1. En audiencia de que trata el artículo 373 del C.G.P. se profirió sentencia de primer grado el 6 de octubre del año 2020, el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Montería resolvió declarar los siguiente:

Que en el presente asunto operó el fenómeno de la renovación del contrato de arriendo del inmueble identificado con folio de matrícula inmobiliaria 140-93997, bajo las mismas condiciones estipuladas en el contrato inicial calendado 1º de febrero de 2008, pero con un nuevo canon por la suma de \$2.070.900 (DOS MILLONES SETENTA MIL NOVECIENTOS PESOS M.L), más el IVP en cada anualidad y manteniendo el IPC (Cláusula que venía vigente y que no fue objeto de discusión) el cual regirá a partir del 2 de febrero de 2018.

Que le asiste el derecho a la actora a que se le reconozca y pague el retroactivo dejado de cancelar por la parte demandada COMCEL SA, desde el 2 de febrero de 2018, más la indexación hasta el día de la sentencia o hasta que esta quede en firme.

Que el nuevo contrato rige desde el 2 de febrero de 2018, se tendrá por no escrita la cláusula de terminación unilateral del contrato y sin justa causa a favor de COMCEL, obrante a folio 215 del expediente, la cual no se podrá alegar por la parte demandada hacia futuro.

Se desestimaron las excepciones propuestas, así como las demás pretensiones de la demanda; y, se condenó en costas a la parte demandada.

2.2. Para arribar a la anterior decisión, en síntesis, se consideró inicialmente que no es un hecho discutido la existencia del contrato de arriendo entre las partes, inició el 1º de febrero de 2008 y tiene una duración de 10 años. Otro hecho cierto es que operó el fenómeno de la renovación de acuerdo al artículo 518 del código de comercio, entonces quedo pendiente la fijación de un nuevo canon de arrendamiento y la procedencia de su cobro retroactivo. No puede prosperar la excepción de prescripción en el entendido que para el 2018 operó la renovación y no la prórroga del contrato, entonces conforme la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia - Sala Civil-, se concluye que sí hay lugar a fijar un nuevo canon, para lo cual el juzgado tomó el fijado por el peritazgo aportado por la parte demandada, esto porque comparando y analizando los dictámenes periciales aportados por cada una de las partes con las demás pruebas allegadas al proceso se estableció que el método usado para avaluar el inmueble no corresponde a la realidad del uso del predio sino a expectativas futuras tales como si se hubiera construido un edificio de cuatro pisos.

Argumentó el *a quo* que el avalúo presentado por la parte actora se basó en el principio del *más alto y mejor uso*, no siendo para el despacho este avalúo ajustable al objeto del litigio pues consideró que no hay que perder de vista de que el asunto se trata es de poder establecer un canon de arrendamiento según el uso dado al inmueble en la actualidad y no bajo meras expectativas que se tengan sobre él. Como el valor que tendría cada apartamento actualizado a la fecha arroja un valor total en los montos del proyecto de construcción, el juzgado encontró desfasado el peritazgo aportado por los demandantes por lo tanto no lo acogió. Luego de la valoración probatoria estima el valor mensual en la suma de \$2.070.900 tal como lo dijo COMCEL, con base en el Índice de Valorización Predial (IVP) que es el que se aplica a este caso por ser el más ajustado a la realidad, para el año 2018 Montería tuvo 3.45% de IVP, además de los comparativos con los demás cánones de arrendamiento que se pagan en esa zona.

Sobre las cláusulas abusivas se resalta que la contratación no fue entre presentes sino que se apegó al uso de las tecnologías y medios de comunicación teniendo en cuenta que una persona se encontraba en Montería y la otra en Bogotá, un contrato fue propuesto por COMCEL S.A. enviado prediseñado a la parte demandante para que esta pudiera firmarlo,

tomándolo o dejándolo, se observa que en este caso no hay posición dominante, lo que se evidencia es una posición contractual de dominio, que es distinto, lo cual es irrelevante para la causa.

Frente a la cláusula unilateral de terminación, estima que existe un desequilibrio contractual y un abuso al haber sido estipulada únicamente para una de las partes, razón por la cual en el nuevo contrato que va a regir a partir del 2 de febrero de 2018, esta cláusula se entenderá por no escrita. En cuanto a la cláusula de cesión de contrato, se trae a colación que esta es un elemento natural del contrato, hace parte del mismo así las partes lo hayan declarado o no, por lo que sería accidental su prohibición más no su aceptación, la misma opera por ministerio de la ley por lo que no es necesario declararla abusiva, pues ambas partes tienen derecho a él. Relativo a la cláusula del IPC en cada anualidad, se estimó que esta no fue objeto de discusión, no siendo parte de esta Litis sigue vigente hasta que las partes decidan acudir nuevamente a la vía judicial en contra de ella, por lo tanto al nuevo canon se entiende aplicado esta cláusula que viene desde el inicio del contrato en 2008, adicionalmente a cada anualidad se debe adicionar el IVP conforme los indicadores del DANE, lo anterior porque la parte actora pide 11 puntos, lo cual no está comprendido en la ley ni probado en el proceso el por qué debería subirse esos 11 puntos, concluye el *a quo*, afirmando que por ello no prosperan las excepciones.

Finalmente, señala que el porcentaje pedido más los intereses de mora no prosperan porque en este caso lo que aplica es el pago de una indemnización de las sumas que arroje el respectivo retroactivo al momento que sea liquidado por el despacho, pero exclusivamente sobre el retroactivo.

3. EL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión apelaron las partes demandante y demandada, manifestaron su inconformidad basándose en las siguientes razones.

3.1. PARTE DEMANDANTE:

Ante el *a quo* presentó los siguientes reparos concretos, arguyendo que estos se ceñirán en el valor o monto en que fue aumentado el canon de arriendo mensual, en favor de la parte demandante, tomando como base únicamente un dictamen pericial, que no cumplía todos los requisitos de ley. En efecto, señala que, si bien es cierto que la Ley establece que esta clase de controversias, en las que surgen diferencias al momento de la renovación del

contrato, deben mediar peritos (es decir existe una tarifa legal), no es menos cierto que el perito no reemplaza la labor del juez de regular el canon.

En esta instancia intervino a sustentar y manifestó que el argumento central de la sustentación del recurso de apelación se basa en que no debió el juzgado de primera instancia, decretar un aumento del canon mensual de arriendo en una suma tan irrisoria, tomando como base únicamente el dictamen pericial traído por la parte demandada.

Acota las falencias por las cuales no debió el fallador de primera instancia tomar como base para establecer el aumento del canon mensual de arriendo, únicamente el dictamen traído por la parte demandada COMCEL S.A., así:

1- El perito traído por Comcel S.A., no acreditó uno de los requisitos mínimos que establece el numeral 5° del artículo 226 del C.G.P. cual es, declarar e informar “la lista de casos en los que haya sido designado como perito o en los que haya participado en la elaboración de un dictamen pericial en los últimos cuatro (4) años. Dicha lista deberá incluir el juzgado o despacho en donde se presentó, el nombre de las partes, de los apoderados de las partes y la materia sobre la cual versó el dictamen.” situación que brilla por su ausencia dentro de las pruebas del proceso, dado que si bien en el dictamen escrito, que se entiende bajo gravedad de juramento, manifestó que “no se habían realizado estudios o peritazgos para procesos judiciales”, lo cierto es que ello ameritaba prueba en contrario, y quien más que el mismo perito al ser interrogado quien lo expresó al despacho al momento de rendir y sustentar su dictamen, cuando la directora del proceso en primera instancia le pregunta si: “ha sido designado como perito en otros procesos?” A lo cual el perito respondió: “en Bogotá, este es el tercero, en Bogotá tuve otros procesos uno de pertenencia digamos en tema para valoración de linderos y otro para valoración en proceso reivindicatorio”, seguidamente la señora Juez le pregunta: “Recuerda usted el despacho dónde cursaron esos procesos, es decir en que Juzgado? A lo que el perito manifestó: “NO, no tengo ahorita específico el número, pero en Bogotá, en los Juzgados de Bogotá”. Manifestaciones estas que comprueban que faltó a la verdad en el dictamen escrito al resolver dicho interrogante y que, al ser interrogado no dio todos los datos que exige la norma, y que se pueden verificar en el audio y video al minuto 1:11:41.

2- En cuanto al valor de la renta calculada en el dictamen traído por Comcel S.A., tenemos que no se tuvo en cuenta que se estaba en presencia de un terreno de índole comercial, y NO en uno de vivienda urbana, y ello se concluye porque el valor de la renta calculada por el perito traído por Comcel, es inferior al 1% del avalúo calculado, cuando dicho porcentaje, es decir, que sea inferior al 1% solo es para viviendas urbanas, y en el caso bajo estudio se está en presencia de un terreno comercial, el cual sea que se trate de áreas comerciales, local comercial, terreno comercial o con destinación comercial, si puede ser superior al 1%, más no inferior a éste, lo que hace que el canon fijado por el perito traído por Comcel NO este correcto y devenga en INJUSTO.

3- En el dictamen rendido por el perito de la demandada Comcel S.A., se observa con claridad que para determinar el avalúo comercial de la venta tuvieron en cuenta el área de terreno y el área de construcción, pero para calcular el valor comercial de la renta solo tuvieron en cuenta el área de terreno, dejando por fuera los metros del área construida, es decir, dicho calculo está incompleto.

4- Del dictamen traído por Comcel S.A., se observa que NO tomaron el 100% del área construida, no emplearon ni adoptaron el valor del lote, ni el valor máximo, como verbalmente lo dijo el perito en la audiencia, sino que éste tomo solo el punto específico donde se ubicó o funciona la antena telefonía móvil de Comcel, como si el área de cerramiento no valiera o no lo estuvieran utilizando, así mismo, en dicho dictamen no se tuvo en cuenta las placas que en

ellas están construidas para valorizar el predio, porque según expresó el perito de Comcel, “no fueron objeto de valoración porque fueron realizadas por el arrendatario esa fue la instrucción que se me dio para la determinación del valor”, (verificar en el audio al minuto 1:23:25) cabe preguntarse si es idóneo un perito que realiza un dictamen omitiendo información y medidas para avaluar la construcción, porque así se lo pidieron como instrucción?

5- En lo atinente al comparativo hecho por el perito traído por la parte demandada Comcel S.A., en el que compara los cánones de arrendamiento mensuales que paga COMCEL S.A., para el funcionamiento de la antena de telefonía móvil en otros lugares, se observa que, dichos sectores se encuentran ubicados muy lejos de la dirección donde está ubicada la antena de telefonía móvil objeto de este proceso, dado que ésta se encuentra en el barrio sucre y el comparativo lo hizo en el centro y en Mocarí, mientras que del dictamen traído por la parte demandante, dicho comparativo es en barrios colindantes al barrio sucre y a unas cuantas cuadras del sector, donde se detallaron topes mínimos y máximos de los cánones, observándose como un máximo la suma de (\$4.000.000) cuatro millones de pesos, siendo éste un aproximado que podía ser teniendo en cuenta por el Juzgado de primera instancia para fijar un canon de arriendo equitativo después de transcurridos más de 10 años recibiendo un mismo canon de arriendo, que para el año 2019, cuando se reformó la demanda oscilaba en la suma de \$1.786.586 después de las retenciones de ley, es decir, el aumento otorgado por el despacho deviene prácticamente en lo mismo que recibe la parte demandante actualmente; siendo ello tan cierto que la parte demandada al contestar la demanda inicial adujo haber ofrecido un aumento de (\$5.000.000) cinco millones de pesos, lo que deviene en que NO era desproporcional el canon reflejado en el dictamen traído por la parte demandante, empero si a juicio del Juzgado, dicha cifra resultaba por encima de lo que normalmente viene pagando Comcel S.A. en sectores cercanos de donde funciona la antena objeto de este proceso, debió tomar el despacho de primera instancia un valor promedio para fijar el canon, que podría ser entre los tres millones y cuatro millones que paga Comcel S.A. por concepto de cánones en el mismo sector, sin acoger el dictamen de COMCEL S.A. en un cien por ciento dado que éste se repite adolece de requisitos legales, fue realizarlo sin tener en cuenta toda el área construida y sin aplicar más del 1% sobre la renta, mientras que el dictamen traído por la demandante si cumplió todos los requisitos legales, pese a que el juzgado consideró que no era el método residual el ideal para regular el canon de arriendo.

6- El perito de COMCEL S.A., determinó el valor de la renta y el valor de terreno, pero no incluyó las placas construidas, realizó un valor de construcción determinando que costaría hacer la construcción hoy, pero no dijo qué clase de construcción ni qué metros sobre esta construcción.

7- Del dictamen traído por COMCEL S.A., se observa que el perito empleó ofertas de bodega, como referencia de valor de pisos y techos, sin tener en cuenta que aquí el área hacia arriba no tiene techo, porque funciona una antena de gran altura y que si se habla del área de los pisos, ni siquiera tuvo en cuenta las placas construidas, ni toda el área del terreno.”

Concluye afirmando que, contrario sensu, el dictamen traído por la parte demandante si cumple todos los requisitos legales, sin embargo, el Juzgado difiere de él por el método utilizado por el perito para rendir su dictamen, quien tomó como base para el avalúo el método residual, con el que se busca conseguir la mayor rentabilidad del lote, porque éste a juicio del experto perito, es el más apropiado para el caso, pero, para llegar hasta ahí debía realizar algo del método de mercado, y finalmente ir al método de renta para alcanzar al resultado, método que ha aplicado en otros procesos en los que ha actuado como perito.

3.2. PARTE DEMANDADA:

Ante el *a quo* presentó los reparos concretos que hacen referencia a: i) la prescripción de la acción de declaratoria de cláusulas abusivas; ii) ratificación tácita de las cláusulas del contrato de arrendamiento; iii) la cláusula de terminación de contrato no es una cláusula abusiva; iv) no es procedente la revisión del valor del canon de arrendamiento a pagar; v) incongruencia de la sentencia de primera instancia; y, vi) no es posible el pago de retroactivo de cánones de arrendamiento.

Ante esta instancia intervino a sustentar argumentando frente a la ***prescripción de la acción de declaratoria de cláusulas abusivas*** el razonamiento del juzgado de primera instancia es errado en la medida en que ni el Código Civil ni el Código de Comercio disponen que la prescripción extintiva de la declaratoria de ineficacia de una cláusula abusiva en un determinado contrato se interrumpa o empiece a contar nuevamente por el hecho de su renovación. El Código Civil establece en el artículo 2539 que el término de prescripción extintiva de las acciones se interrumpe solamente de dos maneras i) la interrupción natural, y ii) la interrupción civil de la prescripción, que se produce con la presentación de la respectiva demanda judicial.

Teniendo en cuenta que en las pretensiones séptima y octava de la demanda se persigue que se declaren abusivas una serie de cláusulas del contrato de arrendamiento suscrito entre las partes, debe tenerse en cuenta que, aunque los efectos de esta declaratoria no se encuentran regulados expresamente por la norma, la doctrina ha sostenido que estos supuestos abusivos son causal de nulidad del contrato por lo que estas pretensiones deben alegarse dentro del mismo término que posee un demandante para alegar la nulidad total o parcial de un contrato.

Con respecto a la ***ratificación tácita de las cláusulas del contrato de arrendamiento*** sostiene que el *a quo* obvió, que se encuentra probado que los demandantes ejecutaron sin objeción alguna el contrato celebrado entre las partes desde el año 2010, año en el que se produjo la cesión del contrato de arrendamiento suscrito con el arrendador original -aceptada por COMCEL-, hasta el año 2017 cuando en julio de dicho año presentaron una reclamación a esta relacionada con el contenido de las cláusulas contractuales previamente pactadas.

De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 1752 a 1754 del Código Civil, es posible ratificar los contenidos contractuales que puedan adolecer de cualquier vicio susceptible de anularlos. Asimismo, según lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley 50 de 1936, “*Cuando [la nulidad] no es generada por objeto o causa lícitos, puede sanearse por la ratificación de las partes*”.

En este caso, los demandantes ejecutaron el contrato de arrendamiento de forma voluntaria y sin formular objeciones a lo largo de casi 7 años, y solo vinieron a manifestar reparos en contra de las cláusulas sino hasta julio de 2017, tal y como se reconoce en los hechos de la demanda y como consta en las pruebas documentales allegadas con la demanda inicial.

No existen cláusulas abusivas dentro del contrato suscrito entre las partes, que permitan invalidar, ni siquiera parcialmente, el contrato de arrendamiento objeto de este proceso. Pero si en gracia de discusión se llegase a considerar que el contrato o sus cláusulas estuvieron viciados por una conducta abusiva, ese hipotético vicio debió considerarse saneado por ratificación tácita, en aplicación de las disposiciones citadas del Código Civil.

En relación a **la cláusula de terminación de contrato no es una cláusula abusiva**, afirma que la conclusión a la que arribó el juez no tiene respaldo probatorio porque, se probó con el testimonio de la señora Nohora Cristina Sánchez Serrano, funcionaria de COMCEL y con el interrogatorio de parte hecho a uno de los demandantes, que el arrendador original tuvo la oportunidad de consultar y leer el contenido de la oferta contractual presentado por COMCEL y que, dentro del proceso de búsqueda y negociación de predios que hizo la demandada con el fin de celebrar contratos de arrendamiento para la instalación de sus estaciones base funcionarios de las distintas áreas de COMCEL van al sitio, visitan a los propietarios, les presentan un modelo de contrato y les dan un tiempo para que estudien con detenimiento las cláusulas del mismo, y si dicho propietario decide no arrendar, la compañía procede a buscar otro predio.

De las consideraciones anteriormente expuestas, se desprende que la negociación del contrato se separa radicalmente de un ejercicio abusivo de la posición contractual.

De otra parte, dicha cláusula que fue aceptada voluntariamente por el primer contratante mediante la firma del contrato. En todo caso, los demandantes luego de la cesión no formularon objeción alguna sobre esta cláusula sino hasta el año 2017.

No es procedente la revisión del valor del canon de arrendamiento a pagar. Frente a lo cual expuso, que en el contrato se incorporó la fórmula por excelencia para la indexación o actualización del canon de arrendamiento: el Índice de Precios al Consumidor – IPC, que pretende actualizar el valor del dinero, la que además de ser un hecho notorio por ser certificada por la máxima autoridad del país en temas actuariales y estadísticos – DANE es usada incluso por el legislador para calcular el incremento anual de otros tipos de arrendamientos como el de vivienda urbana, de tal manera que el supuesto desequilibrio económico del contrato basado en que la actualización del canon de arrendamiento mediante

el IPC no permite mantener el poder adquisitivo de la moneda, no sólo es falso sino que además es contradictorio.

No se cumple con la totalidad de los presupuestos para revisar el contrato de arrendamiento suscrito entre las partes ni para alegar que hubo una circunstancia extraordinaria, imprevista e imprevisible que haya variado significativamente las condiciones económicas del contrato en contra de la parte demandante.

No se acreditó ninguno de los presupuestos para afirmar que hubo una pérdida del equilibrio económico del contrato. Incluso, resulta contradictorio que el juzgado de primera instancia haya reconocido en la sentencia que la variación del canon de arrendamiento año a año conforme al IPC es una cláusula que no fue discutida por ninguna de las partes a lo largo del proceso, pero que después concluya que, por un tema de justicia contractual, fue necesario fijar un nuevo valor del canon de arrendamiento a partir del 2 de febrero de 2018.

De forma subsidiaria, se solicita confirmar y acoger el criterio del *a quo* en el sentido de establecer como nuevo canon de arrendamiento a pagar la suma dictaminada por el perito designado por COMCEL por valor de DOS MILLONES SETENTA MIL NOVECIENTOS PESOS MONEDA CORRIENTE (\$2'070.900), al resultar esta como la más acertada y razonable desde el punto de vista técnico. Sin embargo, se solicita se disponga que el incremento del canon de arrendamiento deberá hacerse año a año atendiendo a la variación del IPC y no incluya el índice IVP previsto por el DANE, en la medida en que no fue solicitado en la demanda y no es un indicador económico que pueda ser aplicable al caso concreto.

Incongruencia de la sentencia de primera instancia, en la medida en que a) falló por fuera de lo pedido en la demanda, al incluir el índice IVP como una variable para que COMCEL ajuste de ahora en adelante el canon de arrendamiento a pagar, sin que dicha solicitud se haya hecho en la demanda; y b) existe contradicción entre la parte motiva del fallo de primera instancia y la parte resolutive, por cuanto se reconoce que la cláusula de ajuste del canon de arrendamiento de conformidad con el IPC año a año no fue discutida por las partes dentro del proceso, pero falló regulando el canon por fuera de dicha estipulación contractual no discutida.

Finalmente, en relación con que ***no es procedente el pago retroactivo de cánones de arrendamiento*** afirma que el *a quo* baso su fallo en una sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, que considero que por un tema de equidad era procedente condenar a mi representada al pago del retroactivo presuntamente dejado de cancelar relacionado con el canon de

arrendamiento, sin embargo, pone de presente que esta sentencia no constituye precedente obligatorio para el juzgado de primera instancia, en la medida en que es una sentencia proferida por un Tribunal que no es su superior funcional de conformidad con lo previsto en los artículos 2 y 19 de la Ley 270 de 1996 –Ley Estatutaria de la Administración de Justicia y, en especial porque está en contradicción con lo que sí es precedente: la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.

4. CONSIDERACIONES

En el *sub judice* se reúnen los presupuestos procesales, toda vez que la relación procesal está debidamente conformada por quienes tienen capacidad para ser parte y comparecer al proceso, existe competencia para conocerlo, asimismo, no se evidencia causal de nulidad que invalide lo hasta ahora actuado, por lo que corresponde desatar de fondo el recurso de apelación.

Tampoco se discute que la parte actora y demandado están legitimados en la causa por sus calidades de arrendador y arrendatario del inmueble ubicado en la carrera 1C No. 41-111 de esta ciudad, como se acredita con los documentos obrantes en los folios 264 a 268 del cuaderno principal arrimado al asunto escaneado.

Las pretensiones de la demanda se dirigen a que se declare que el contrato de arrendamiento se renovó automáticamente a partir del 2 de febrero de 2018, y que en virtud de la renovación del contrato los demandantes tienen derecho a discutir y regular las nuevas condiciones que regirán en lo sucesivo el vínculo contractual.

La Sala para desatar la alzada, lo hará teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 328 del Código General del Proceso, es decir, se limitará a resolver únicamente sobre los puntos de inconformidad de los impugnantes frente a la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Montería¹.

4.1. PROBLEMA JURÍDICO

Conforme los motivos de inconformidad de los apelantes, corresponde a la Sala determinar si se configuró el fenómeno jurídico de la prescripción de las pretensiones séptima y octava de la demanda que buscan la declaratoria de ineficacia por abusivas de algunas cláusulas del contrato de arrendamiento; si operó la ratificación tácita de las cláusulas del contrato de

¹ Vid. STC15456 – 2019.

arrendamiento; si la cláusula de terminación de contrato es o no una abusiva; si es procedente o no la revisión del valor del canon de arrendamiento; si la sentencia de primera instancia es incongruente en relación a los argumentos vertidos frente al IVP e IPC; además, si es procedente o no el pago retroactivo de cánones de arrendamiento y si el valor fijado de este es irrisorio.

4.1.1. CASO CONCRETO

- DEL DERECHO A LA RENOVACIÓN DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO Y LOS REPAROS AL FALLO

Al respecto, el artículo 518 del Código de Comercio consagra el derecho a la renovación del contrato, al consagrar: *“El empresario que haya ocupado no menos de dos años consecutivos un inmueble con un mismo establecimiento de comercio, tendrá derecho a la renovación del contrato al vencimiento del mismo (...)”*, salvo cuando ha incumplido sus obligaciones convencionales frente al arrendador; el propietario lo requiera para su propia habitación o con el fin de establecer una empresa sustancialmente diversa de la del arrendatario, o que deba ser demolido o reconstruido con obras de imposible realización sin el desalojo.

Es de tener en cuenta, esa atribución de renovación, que se halla instituida en favor del comerciante aún en contra de la voluntad del arrendador, no supone la prolongación de las condiciones pactadas inicialmente; y, por lo tanto, algunas de ellas pueden ser modificadas.

Al respecto la Corte Suprema de Justicia a considerado:

“En ese sentido se ha manifestado la jurisprudencia desde cuando la Sala Plena de la Corte, en sentencia de 29 de noviembre de 1971, recién expedido el Decreto 410 de 1971 - Código de Comercio actualmente vigente-, sostuvo la constitucionalidad de los artículos 518, 520, 521, 522 y 524 del mencionado estatuto. Dijo en aquella oportunidad la Corporación, después de reconocer la renovación como un mecanismo sobresaliente dentro del “...sistema de protección del derecho del arrendatario...”, que esa figura no implica la posibilidad de una prórroga y que, por tanto, no es el “...primitivo contrato el que va a seguir rigiendo, sino uno nuevo, que puede acordarse o celebrarse con sujeción a las circunstancias, especialmente en cuanto a precio y condiciones de utilización de la cosa arrendada...”.

“Posteriormente, en sentencia de 24 de septiembre de 1985 (G. J. CLXXX, pag. 431), insistió la Sala de Casación Civil, refiriéndose al artículo 518 del C. de Co., que “...la

*forma como está redactado el citado artículo indica que el derecho que consagra en favor del arrendatario tiene como sujeto pasivo al arrendador...”, al igual que lo expresó en el fallo de 31 de octubre de 1994, proferido dentro del expediente 3868, cuando afirmó cómo “...esta norma erige un derecho a la renovación del contrato de arrendamiento a favor del arrendatario de inmueble ocupado con establecimiento comercial por no menos de dos años...”, **el cual no es absoluto, en la medida en que el arrendador puede “...discutir las condiciones en que debe producirse la renovación, y si no llega al respecto a un acuerdo con el arrendatario, le queda expedita la vía judicial con tal fin, vía a la que también debe acudir el arrendatario,** en su caso, según se desprende del artículo 519 ib. ...”, cual se expresa en esta última decisión...”²*

- Negrilla y sub raya del Tribunal -

Corolario, la ley concede al inquilino el derecho a que se renueve el contrato, sin que el arrendador pueda oponerse a ello, salvo claro está, las excepciones consagradas en el artículo 518 del Código de Comercio; además de los casos previstos por los ordinales 2º y 3º de esa disposición, el propietario lo haya desahuciado con no menos de seis meses de anticipación a la fecha de terminación del contrato, conforme lo prevé el artículo 520 *ídem*.

No obstante, si el arrendatario pretende que el contrato se renueve, pueden él y su arrendador, modificar las condiciones inicialmente pactadas; de no lograrse el acuerdo, deberán someterse al proceso respectivo, para que sea el juez quien dirima la controversia, de conformidad con el artículo 519 del Código de Comercio.

Las disposiciones que regulan lo relativo a la renovación del contrato de arrendamiento como en el asunto de marras son imperativas y por consiguiente no admiten ninguna estipulación en contrario por expreso mandato del artículo 524 de la referida norma.

Descendiendo al caso concreto, se tiene que está demostrado en el proceso que las partes enfrentadas en este litigio suscribieron un contrato de arrendamiento de un inmueble de terreno para uso comercial, ubicado en la carrea 41C No. 41-111 de esta ciudad, con una duración de diez años, desde el 1º de febrero del año 2008; el canon de arrendamiento se pactó en la suma dineraria de \$1.200.000 para el primer año, el que se incrementaría

² Sala de Casación Civil, sentencia del 27 de abril de 2010, M.P. César Julio Valencia Copete, expediente: 11001-3103-003-2006-00728-01.

anualmente en concordancia con el IPC, como lo muestra la prueba documental visible a folios 264 a 268 del cuaderno principal escaneado.

Con comunicación del 20 de agosto de 2010, los demandantes notificaron a COMCEL S.A., que habían adquirido el dominio del inmueble objeto del contrato y que se les había cedido el contrato de arrendamiento (fls 25 a 28 cdno ppal). El día 17 de julio de 2017, los demandantes remitieron comunicación a la sociedad demandada, indicándole, que, una vez se cumpliera el término de duración, su intención era la de dar por terminada el contrato de arrendamiento (fls 11 a 21 cdno ppal). En comunicación del 11 de agosto de 2017, la demandada manifestó a los arrendatarios su intención de hacer uso del derecho a la renovación del contrato bajo las mismas condiciones pactadas (fl. 29 cdno ppal).

Así las cosas, se advierte que para el momento de la renovación del contrato se presentaron diferencias entre las partes en relación con el precio del canon y ciertas cláusulas relativas a la terminación unilateral del contrato potestad únicamente de la sociedad arrendadora, el incremento anual con base en el I.P.C. y la cesión del contrato. Las cuales no fueron resueltas por ellas, motivo por el cual daban vía libre al arrendador para solicitar que fueran dirimidas por el juez, sin que en consecuencia pueda considerarse, como pretende COMCEL S.A. inconforme en alzada, que el contrato se prorrogó en los términos inicialmente pactados.

Al respecto ha dicho la Corte Suprema de Justicia:

“En síntesis, si al término del contrato en que el arrendatario ha cumplido cabalmente sus obligaciones, quien arrendó no lo ha desahuciado con los seis meses de anticipación de que trata el artículo 520 y aquél pretende la continuidad de su establecimiento en el local, la renovación se produce de manera automática y, por ello, el locatario permanece en el uso del inmueble, pero a favor del alquilador y del propio arrendatario, nace la posibilidad de discusión en torno de las estipulaciones que habrán de regir en el futuro la relación sustancial a que los dos se han vinculado y de obtener, en su caso, que en proceso verbal el Juez defina los aspectos materia de controversia.”³

De suerte que, para que la renovación opere es menester que se satisfagan los siguientes presupuestos, como se deduce de los artículos 518 y 519 del Código de Comercio: i) que exista un comerciante que ocupe un inmueble a título de arrendamiento por un periodo no

³ Sala de Casación Civil, sentencia del 27 de abril de 2010, M.P. César Julio Valencia Copete, expediente: 11001-3103-003-2006-00728-01.

inferior a 2 años; ii) que el término acordado en el contrato de arrendamiento se haya vencido; y, iii) que al iniciarse la nueva vigencia del contrato existan diferencias sobre las bases o condiciones que permitan su renovación.

Los anteriores presupuestos se encuentran satisfechos como se advierte de la prueba documental contentiva del contrato de arrendamiento sobre el inmueble de terreno para uso comercial que suscribieron las partes por un término de diez años; y los demás documentos referentes al desahucio y la contestación de la arrendadora al mismo. Se evidencia la intención del arrendador de modificar algunas condiciones del contrato, concretamente aquellas relacionadas con el valor de la renta, terminación unilateral del contrato y cesión del contrato.

De suerte que, de conformidad con lo que viene expuesto los argumentos traídos por el inconforme en alzada destinados a sustentar la inconformidad relativa a *si operó la ratificación tácita de las cláusulas del contrato de arrendamiento y si es procedente o no la revisión del valor del canon de arrendamiento*, no encuentran asidero jurídico ni probatorio dentro del asunto de marras motivo por el cual serán desestimados.

Asimismo, estima la colegiatura que conforme a los argumentos que viene expuestos no prospera el reparo argüido por el inconforme en alzada referido a que dentro del asunto opero el fenómeno jurídico de la prescripción de las pretensiones séptima y octava de la demanda que buscan la declaratoria de ineficacia por abusivas de algunas cláusulas del contrato de arrendamiento; al respecto, de entrada, se resalta que en el asunto de marras no se está ante el fenómeno de la interrupción de la prescripción a que hace referencia el artículo 2539 del Código Civil, tal y como lo insinúa el apelante, ello debido a que el contrato de arrendamiento objeto de esta litis se renovó en el año 2018, surgiendo un nuevo contrato y no una prórroga del mismo, es decir, no resulta lógico menos razonable, obligar a unas de las partes contratantes a impugnar el convenio que lo liga con la otra si éste se está ejecutando en debida forma, esto es, de conformidad con los intereses de cada una de las partes contratantes. Esto a pesar de contener alguna cláusula que pudiera ser considerada objetable, pero que en esta etapa de la ejecución del contrato no causa conflicto.

De otra parte, también arguye la demandada inconforme en alzada que la cláusula de terminación de contrato no es abusiva, al respeto es necesario decantar que en principio los contratos se terminan, entre otras causas por acuerdo entre las partes artículos 1602 y 1625 del Código Civil, no obstante, esta norma y el Código de Comercio también admiten la terminación unilateral del contrato. En relación a la cláusula que consagra la terminación unilateral del contrato la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, ha considerado:

“En cuanto respecta al pacto de terminación unilateral del contrato cuando la ley, costumbre o los usos y prácticas negociales no la establecen, de antaño suele cuestionarse, ya por oponerse a la noción o fuerza normativa del contrato (artículos 1494, 1535, 1602 y 1603, Código Civil; 864 y 871, Código de Comercio), ora por invalidez e ilicitud al someterlo a la condición potestativa consistente en el simple arbitrio o mera voluntad de un contratante (artículo 1535, Código Civil), bien al no enunciarse dentro de las causas legales extintivas, formarse y terminar por acuerdo mutuo de las partes, nunca por decisión de una (artículo 1602, in fine, Código Civil), preverse en forma excepcional, exclusiva y circunscrita a los contratos estatales sin admitir analogía legis o iuris ni aplicación extensiva (artículos 14, 15, 16 y 17, Ley 80 de 1993), resultar abusiva en los restantes (artículo 133.2, Ley 142 de 1994) o, convertirse en mecanismo de ‘justicia privada’, derogatorio de la jurisdicción del Estado autorizada para terminar el contrato.

En estrictez, la terminación unilateral presupone la existencia, validez y eficacia del contrato, en nada contradice su noción, fuerza normativa, ni encarna condición potestativa.

El contrato a partir de su existencia genera efectos vinculantes para las partes, atadas u obligadas al cumplimiento, sea espontáneo, sea forzado, y fenece por decisión exclusiva de una porque la ley concede el derecho o se pacta accidentalia negotii, como las cláusulas resolutorias expresas, con o sin preaviso e, incluso, casos hay, donde la común negativa se ha tomado como dissensus o distrato o concluye en este (Cas. Civ. sentencia de 12 de marzo de 2004). El contrato existe ex ante, engendra efectos, termina ex post sin eficacia retroactiva y solo hacia el futuro. Además, cumplimiento y terminación son distintos. Aquel no queda al simple arbitrio o mera voluntad de una parte, la última se produce por decisión unilateral de una u otra sin afectar las obligaciones cumplidas.

La falta de enunciación expresa en el Código Civil dentro de los modos extintivos, no es escollo ni argumentación plausible para descartar la terminación unilateral, por cuanto como quedó sentado, la ley la consagra en numerosas hipótesis y contratos de derecho privado, sin concernir solo a los estatales. Inclusive, la figura existe en el derecho privado, antes de su plasmación en la contratación estatal, y no es extraña la locución, pues utiliza el vocablo ‘terminación’ (artículo 870, C. de Co), ‘dar por terminado el contrato’ (art. 973, C. de Co), justas causas ‘para dar por terminado unilateralmente el contrato de agencia comercial (art. 1325, C. de Co).

Tampoco es admisible sostener prima facie, ante sí y por sí, su naturaleza abusiva, extender la presunción al respecto circunscrita a los contratos de servicios públicos bajo condiciones generales (artículo 133.2, Ley 142 de 1994), esta sí destierra la analogía legis, ajena a los paritarios y susceptible de desvanecerse, sin resultar lógica la supuesta configuración antelada de un abuso de derecho ulterior, el cual podrá presentarse al ejercerse en ciertas condiciones, o tenerla a priori como expresión abusiva de la libertad contractual, por contradecir las reglas de experiencia (Cas. Civ. sentencia de 14 de diciembre de 2001, exp. 6230).

En general, ante la ausencia de prohibición normativa expresa, es ineluctable concluir la validez de estas cláusulas, por obedecer a la libertad contractual de las partes, facultadas para celebrar el acto dispositivo y disponer su terminación, aún sin declaración judicial, previendo el derecho a aniquilarlo, lo cual no significa ni puede conducir en forma alguna a tomar justicia por mano propia, por cuanto toda controversia respecto de su eficacia o ejercicio, corresponde definirla a los jueces, como se explica más adelante.

Partiendo de la precedente premisa, la jurisprudencia reconoce validez a las cláusulas de terminación de los contratos bilaterales, onerosos, conmutativos y de ejecución sucesiva (Cas. Civ. sentencia de 3 de septiembre de 1941, LII, 1966, 36 y ss; 23 de febrero de 1961, XCIV, 549), y las relativas a ‘[l]a condición resolutoria estipulada expresamente por los contratantes [que] resuelve de pleno derecho el contrato sin que se requiera declaración judicial. El artículo 1546 del C.C. se refiere a la condición resolutoria tácita, es decir a la que envuelve todo contrato bilateral, y no a la expresa, o sea a la que

libremente hayan estipulado las partes’ (Cas. Civ. sentencia de 31 de mayo de 1892, VII, 243).’’⁴

El pactar la cláusula compromisoria tiene límites conforme lo ha decantado la Corte Suprema de Justicia, a saber, son los que se derivan del abuso del derecho y en particular de la buena fe, al respecto considero en la sentencia de 2011, que viene en cita lo siguiente:

“Al respecto, la estipulación podrá contrariar una norma imperativa, resultar abusiva, comportar el ejercicio de posición dominante contractual, abuso del derecho, vulneración de la confianza legítima, el acto propio (venire contra factum proprium) o la buena fe, o incluso una conducta formalmente ajustada al ordenamiento jurídico o al contenido de la estipulación de terminación unilateral valorada en el marco fáctico concreto de circunstancias, puede devenir abusiva e ilegítima, o en las ad nutum, configurar ejercicio disfuncional, por ejemplo, para inferir intencionalmente un daño, aspectos que en función de la justicia, imponen cuidadoso examen del marco de circunstancias fáctico por los jueces dentro de su autonomía hermenéutica y la discreta valoración de los elementos de convicción.

El abuso del derecho, y en particular, la buena fe, son parámetros limitativos y correctores de la libertad contractual, y por ende, ostentan particular relevancia en estos aspectos.

La jurisprudencia, reconoce en precisas circunstancias que el ejercicio de la facultad de terminación unilateral, no configura de suyo un abuso de derecho (artículo 830, C. de Co), sin sentar una directriz general inflexible ni descartarlo a priori, por cuanto, podrá ser abusiva, y por regla general, en los casos legales o contractuales, la parte puede terminar el contrato con sujeción a la corrección, lealtad, buena fe y recto ejercicio de los derechos, pero en lo ‘...contractual tiene cabida el abuso del derecho...’, y puede ‘...presentarse en la formación del contrato, en su ejecución, en su disolución y aún en el período post-contractual’ (LXXX, 656; Cas. Civ. sentencias de 6 de diciembre de 1899, XV, 8; sentencia de 6 julio de 1955, LXXX, 656; 11 de octubre de 1973, CXLVII, 82; 19 de octubre de 1994, exp. 3972), de donde, en armonía con el artículo 95 de la Constitución Política, según el cual, todas las personas están obligadas a ‘[r]espetar los derechos ajenos y no abusar de los propios’, deben ‘entenderse las cláusulas convencionales o las regulaciones legales o constitucionales permisivas de la terminación unilateral del pacto respectivo, debido a que ellas no pueden interpretarse a distancia del postulado de que se viene hablando, como quiera que exigen ser observadas a través de su propio prisma, ante la posibilidad de que en ejercicio de esa facultad se incurra en violación del derecho ajeno; ello supone entonces que deben apreciarse bajo el entendido de que su actividad no puede ser causa de daño a quienes han contratado con el agente, salvo, claro está, que exista razón que lo justifique, como sucedería, verbi gratia, cuando el comportamiento del contratista, dada su falta de honradez o inteligencia, lo imponga’ (Cas. Civ. sentencia de 16 de septiembre de 2010, exp. 11001-3103-027-2005-00590-01).

A esta directriz, se sujetan las prerrogativas ad nutum, ad libitum o a arbitrio, en cuyo ejercicio el titular no es ajeno ‘al inexorable y plausible deber constitucional y legal de no abusar de sus derechos (arts. 95,1 C.P. y 830 C.Co.), habida cuenta que el reconocimiento de una facultad o poder, de por sí, no constituye salvoconducto o patente de corso para propiciar la arbitrariedad, so pena de la condigna indemnización de los perjuicios irrogados. Es por ello por lo que el abuso, en sí, trasciende al mero o a la simple volición’ (Cas. Civ. sentencia de 14 de diciembre de 2001, exp. 6230).

En consecuencia, todas las expresiones específicas de terminación unilateral del contrato, el ejercicio del derecho potestativo, incluso discrecional, se rigen por los principios de la

⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 30 de agosto de 2011, magistrado ponente William Namén-Vargas, ref. 11001-3103-012-1999-01957-01.

buena fe, evitación de abuso del derecho y está sujeto a control judicial, lo cual suprime la justicia privada por mano propia. La buena fe y el abuso del derecho, constituyen límites al pacto y ejercicio de estas facultades

Luego entonces, al tenor de lo que viene expuesto la cláusula de terminación unilateral es válida al estar fundada en la autonomía de la voluntad o excepcionalmente legal; por consiguiente, el que la ejerza está usando un derecho potestativo, por lo que, corresponde establecer si se puede inferir que resulta abusiva al haber sido dispuesta por uno de los contratantes COMCEL S.A. solo a beneficio de esta.

De suerte que, en el asunto de marras se cumplen las exigencias que la jurisprudencia de casación civil ha requerido para que una cláusula sea calificada como abusiva. Al respecto, la Corte Suprema, en sentencia de 2 de febrero de 2001⁵, consideró:

*“Se advierten como características arquetípicas de las cláusulas abusivas — primordialmente—: a) que su negociación no haya sido individual; b) **que lesionen los requerimientos emergentes de la buena fe negocial** —vale decir, que se quebrante este postulado rector desde una perspectiva objetiva: buena fe probidad o lealtad—, y c) **que genere un desequilibrio significativo de cara a los derechos y las obligaciones que contraen las partes**”*

- Resalto del Tribunal -

Así las cosas, advertidos los requisitos reseñados el criterio de este Tribunal se acompasa con el esbozado por el *a quo* al calificar de abusiva la causal reprochada, en la medida que se advierte un auténtico desequilibrio contractual que además impacta la buena fe negocial. En ese orden, se desestima el reparo argüido por el apelante.

De igual manera, plantea la sociedad demandada en esta instancia la improcedencia del pago retroactivo de cánones de arrendamiento, para lo cual es necesario traer nuevamente a colación el artículo 519 del Código de Comercio, el cual a su tenor literal faculta al juez para zanjar *“Las diferencias que ocurran entre las partes en el momento de la renovación del contrato de arrendamiento (...)”*; de suerte que, bajo esas condiciones, su decisión tendrá efectos al vencerse ese período contractual y no simplemente desde la ejecutoria de la sentencia, es decir, que tiene claramente efectos retroactivos, situación que además está

⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 2 de febrero de 2001, magistrado ponente Carlos Ignacio Jaramillo-Jaramillo, expediente 5670.

revestida de equidad, pues de no ser así, se beneficiaría la parte que retrase el proceso en detrimento de la otra que precisa la renovación del contrato en cuanto al canon⁶.

Por otro lado, la sociedad recurrente también reprocha que la sentencia de primera instancia es incongruente al incluir el índice IVP como una variable para que COMCEL ajuste de ahora en adelante el canon de arrendamiento a pagar, sin que dicha solicitud se haya hecho en la demanda y porque se contradice la motiva y lo resuelto por cuanto se reconoce que la cláusula de ajuste del canon de arrendamiento de conformidad con el IPC año a año no fue discutida por las partes dentro del proceso, pero falló regulando el canon por fuera de dicha estipulación contractual no discutida.

Frente a lo anterior, considera esta corporación que tampoco le asiste la razón a la apelante en esta oportunidad, ello debido a que en el libelo introductorio la parte demandante petitionó *“4. Que el nuevo canon de arrendamiento del inmueble objeto del contrato corresponde al que determine el dictamen pericial que se aporta conforme al método pertinente para este tipo de dictámenes o en su defecto el valor que regule el juzgado conforme a lo probado en el proceso”*, de lo que se extrae que si bien no se habló específicamente del Índice de Valorización predial - IVP se tiene que este hace parte precisamente de la regulación que hizo el *a quo* conforme el acervo probatorio valorado de manera conjunta, la sana crítica y la razón, al considerar *“(... así las cosas el despacho estima el valor mensual en la suma de \$2.070.900 ... con base en unos indicadores del DANE año 2018 que son un hecho notorio el IVP es específico para inmuebles y es el aplicado por ser más ajustado a la realidad ...”*

Con respecto, a lo que arguye frente al IPC no se advierte la aludida incongruencia en tanto el *a quo* fue claro al determinar que el incremento con base en el IPC no fue objeto de reproche y por ese motivo, precisamente lo dejó incólume en el contrato de arrendamiento renovado, adicionando el nuevo indicador que para los efectos estaban más ajustados a la realidad contractual y conforme a las pretensiones de la demanda.

Finalmente, con respecto al único reproche en alzada que hace la parte demandante al afirmar que el canon fijado por el *a quo* resulta irrisorio, se tiene que analizados los reproches que

⁶ Tribunal Superior de Bogotá, y para el caso se cita la sentencia del 11 de junio de 1985 con ponencia del Magistrado Alfonso Guarín Ariza

sirvieron de argumento, se advierte que, éstos se constituyen en reproches dirigidos a la prueba referida a los dictámenes periciales allegados por cada una de las partes, esto es, a censuras propias de la “Contradicción del dictamen- art. 228 del CGP”, censuras que debieron ser formuladas en la oportunidad y de la manera en que lo prevé el artículo 228 del CGP que prescribe todo lo referente a la contradicción de tal prueba, y no en esta instancia donde el objeto de estudio se basa en los argumentos de los apelantes que atacan el fallo proferido en primera instancia, y sobre el cual el apelante no lanzo ataque, ya que se limitó a señalar que el monto fijado como canon de arrendamiento por el *a quo* es “irrisorio” sin indicar cuál debería ser entonces el monto “no irrisorio” pare él, y aportar por lo menos alguna prueba que sustentara su inconformidad. En ese sentido, no tiene vocación de prosperar el reproche planteado en apelación.

4.1.3. Conclusión.

En armonía con lo explicado se: i) Confirmará en su integridad la sentencia atacada; y, ii) Absolverá de condena en costas en esta instancia, dado que no fueron causadas (artículo 365-8° CGP).

5. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería, Sala Cuarta de Decisión Civil Familia Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

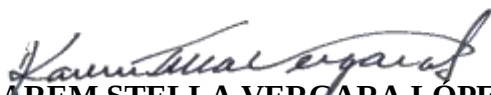
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de fecha 6 de octubre del año 2020, proferida por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Montería, dentro del proceso verbal impetrado por JUAN RICARDO MAHUAN FERNANDEZ y JORGE JOSE MAHUAD FERNANDEZ contra COMUNICACIÓN CELULAR SA COMCEL SA, conforme lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDOO: Sin costas en esta instancia.

TERCERO: Por Secretaría previas anotaciones de rigor devolver el expediente al juzgado de origen.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE


KAREM STELLA VERGARA LOPEZ
Magistrada


CRUZ ANTONIO YÁNEZ ARRIETA
Magistrado


PABLO JOSÉ ALVAREZ CAEZ
Magistrado