



**TRIBUNAL SUPERIOR
DISTRITO JUDICIAL DE CALI
SALA CIVIL DE DECISIÓN
MAG. PONENTE DR. HOMERO MORA INSUASTY**

Santiago de Cali, dieciocho (18) de febrero de dos mil veintiuno (2021).

Proceso: Ejecutivo Singular
Demandante: Bancolombia S.A.
Demandado: Fredy Gualí Rubio
Radicación: 76001-31-03-017-2019-00191-01
Asunto: Apelación de auto.

I. OBJETO

Decídese el recurso de apelación formulado por el apoderado judicial del ejecutado frente al numeral segundo del auto calendado 22 de enero del 2020, proferido por el Juzgado Diecisiete Civil de este circuito, a través del cual se decretó el embargo del “*derecho de crédito a ejercer la opción de compra que tiene el deudor*” dentro del contrato de leasing Nro. 217191-00 celebrado con la misma entidad financiera que funge en esta senda como ejecutante.

II. ANTECEDENTES

1.- Bancolombia S.A., demandó el pago forzado del capital e intereses, incorporados en tres pagarés (3) debidamente singularizados y discriminados en el escrito rector, indicando que el *solvens* incurrió en mora en la solución de tales prestaciones, incumplimiento que habilita al acreedor para exigir su pago total de acuerdo con lo convenido en dichos instrumentos.

2.- En escrito separado, la entidad ejecutante solicitó, entre otras cautelas, el embargo del derecho de opción de compra que tiene el ejecutado dentro del contrato de leasing habitacional Nro. 217191-00 donde Bancolombia S.A., es la compañía de financiamiento. Petición acogida mediante auto del 22 de enero de 2020, en su numeral segundo.

3.- Contra esta última determinación el procurador judicial del polo pasivo interpuso recurso de reposición y subsidiario de apelación procurando su revocatoria, al considerar que dicha cautela no satisface el principio de taxatividad en la medida que no encaja en ninguna de las causales enlistadas en el canon 593 del CGP; indica que la opción de compra que detenta su prohiado en el negocio jurídico de leasing no constituye un derecho cierto y consolidado, sino que es una mera expectativa atada a una condición suspensiva, en tanto que dicha facultad nace y tiene lugar luego de haberse cumplido el plan de pagos pactado que todavía no se ha consumado, supeditada también a que el locatario quiera hacer uso de ella, pues como posibilidad o facultad que es, depende exclusivamente que aquel desee ejercer esa prerrogativa de raigambre contractual, por lo que tampoco sería cuantificable.

Agrega que en la actualidad es tenedor y no propietario de los bienes que son materia del negocio jurídico de leasing, y en estos términos, aquellos no conforman ni constituyen prenda general de sus acreedores, por la sencilla razón que el dominio de éstos está en cabeza de la compañía financiera y no de él y por ende no podrían perseguirse mediante embargos, como heterodoxamente lo consideró la jueza de primer nivel.

Finalmente remarca que la aludida medida cautelar deviene improcedente si en cuenta se tiene que la cesión del contrato o de la posición contractual a un tercero está supeditada de manera necesaria e indispensable a que sea aceptada expresamente y por escrito por la entidad financiera, en este caso, de la entidad ejecutante, por tanto, dichas figuras en términos prácticos no podrían darse sin la aquiescencia de la ejecutante.

4.- El recurso de reposición fue despachado adversamente mediante auto del 9 de diciembre del año pasado y, seguidamente se concedió la alzada.

III. CONSIDERACIONES

1.- Es suficientemente conocido que la competencia del superior se encuentra delimitada por los puntos de disenso blandidos por el censor frente a la determinación confutada; en consecuencia, atendiendo el expreso designio del alzadista, el problema jurídico sometido a composición de esta instancia estriba en determinar si la decisión por la cual se decretó el embargo del derecho de opción de compra que tiene el deudor dentro de un contrato de leasing habitacional encuentra respaldo tanto fáctico como jurídico.

2.- Como cuestión de primer orden, resulta imperioso resaltar, que la teoría general del proceso civil y la doctrina¹ han considerado que las medidas cautelares son instrumentos procesales encaminados a asegurar la efectividad de los derechos judicialmente declarados o los incorporados en documentos con fuerza ejecutiva, las cuales han sido calificadas como un componente importante del derecho de acceso a la administración de justicia, en virtud a que tal derecho comprende no solo la pretensión de obtener un pronunciamiento judicial en torno a los derechos, sino la materialización de las medidas que los hagan efectivos.

Su fundamento sustancial reside en el derecho de persecución que obra a favor del acreedor y que se cristaliza sobre el patrimonio del deudor, el cual, como es sabido, es prenda común y general de los acreedores; su asidero neural descansa en la necesidad de garantizar *ab initio* los efectos de una sentencia futura en virtud del peligro o amenaza sobreentendida por la tardanza que conlleva un proceso hasta su culminación (*periculum in mora*), ya que es factible distraer por parte del deudor sus bienes y con ello desligarse así del cumplimiento de las obligaciones para la data en que finaliza definitivamente la disputa, con grave e injustificado perjuicio del acreedor, tornando el fallo inocuo e ilusorio.

¹López, Hernán Fabio. Instituciones de derecho procesal civil Editorial ABC.

Es por ello que en asuntos donde el extremo activo arriba a la judicatura para el cumplimiento forzado de un derecho cierto, concreto y determinado, como acontece en el proceso ejecutivo, el legislador patrio en el artículo 599 del CGP, habilitó al acreedor para que desde la presentación misma de la demanda pueda solicitar el embargo y secuestro de bienes del ejecutado que deberán de decretarse por parte del juzgador si halla colmados los presupuestos recabados legalmente para su procedencia o se abstendrá a ello por ser improcedentes o simplemente por recaer sobre activos que por expresa configuración legislativa no son susceptibles de dichas medidas.

Así, pues, el acreedor tiene las puertas abiertas en la senda del proceso coactivo para solicitar el embargo y secuestro de bienes del ejecutado (art. 599 CGP), pues está fuera de toda discusión que estos se constituyen en prenda general de los acreedores (art. 2488 C.C.).

En este orden, no es cierto que se haya esquivado el principio de taxatividad respecto de las medidas cautelares, que desde un principio se dirá que no existe en nuestro Código Adjetivo, a diferencia del anterior estatuto. Tan apodíctica resulta esta afirmación que al efecto baste el enunciado del literal c) el artículo 590 del CGP en tanto autoriza decretar cualquier otra medida cautelar que encuentre razonable para la protección del derecho objeto del litigio, impedir su infracción o evitar las consecuencias derivadas de la misma, prevenir daños, hacer cesar los que se hubieren causado o asegurar la efectividad de la pretensión. Si bien esta disposición está erigida para el ámbito de los procesos declarativos en lo que se ha dado en llamar medidas cautelares innominadas o discrecionales sirve al propósito de derruir la argumentación blandida por el ejecutado respecto de la taxatividad en materia de medidas cautelares.

En segundo lugar, por cuanto en este caso se ha decretado la medida de embargo del derecho de opción de compra que tiene el locatario dentro de un contrato de leasing habitacional, autorizado por el artículo 599 ibídem, y tan solo el artículo 593 se ocupa de la manera o forma cómo se puede materializar o efectivizar dicha cautela, atendida la naturaleza de los bienes corporales o incorporeales involucrados, pero no puede pretenderse que dicho artículo agote los medios para ello o que contenga una lista cerrada o *numerus clausus* de los embargos.

3.- De otro lado, no remite a dudas que el ejecutado no detenta la propiedad de los inmuebles que son materia del contrato de leasing habitacional, lo cual resulta una obviedad, por elementales razones, sin que exista sobre ese eje o arista ninguna discusión. Lo que importa abordar ahora es si el **derecho** de opción de compra inherente al contrato de leasing que tiene el locatario, ahora ejecutado por otras obligaciones dinerarias con el mismo banco, es susceptible de la cautela de embargo decretada.

3.1.- En honor a la verdad, comporta señalar que el sistema jurídico doméstico desafortunadamente no cuenta con un marco normativo completo y preciso que reglamente de manera íntegra el contrato de leasing y que contemple los elementos propios y característicos que lo definan, lo que, en

la práctica judicial a no dudarlo, ha traído no pocas dificultades al momento de determinar conceptos claves y medulares cuando de dirimir este tipo de controversias se trata.

Empero, más allá de las inacabadas y circulares discusiones respecto de la verdadera naturaleza del contrato de leasing que giran en torno a si es un contrato típico o innominado, que si es una compraventa con reserva de dominio o una promesa unilateral de venta o incluso, un arrendamiento con opción de compra, entre otras, impera destacar que atendiendo los contornos y perfiles que lo caracterizan en el tráfico de los negocios y de cara a la reglamentación existente, el contrato de leasing habitacional puede entenderse, en líneas generales, como un acuerdo volitivo de carácter mercantil a través del cual una parte calificada y autorizada por el Estado para el ejercicio de esta actividad, entrega a la otra un activo productivo para su uso y goce, a cambio de un canon periódico durante un plazo convenido, a cuyo vencimiento, el bien se restituye al propietario o en su defecto se transfiere al locatario, si este último decide ejercer la opción de compra, que, general y habitualmente se pacta a su favor, como en efecto ocurrió en este asunto, al ser un hecho pacíficamente admitido por ambas partes.

3.2.- Importa memorar que el patrimonio es una universalidad jurídica compuesta de bienes activos y pasivos, radicados en una persona jurídica individual o colectiva en cuanto sean susceptibles de estimación económica y puedan ser objeto de operaciones jurídicas. Consiguientemente, hacen parte de él, los derechos reales y personales como también los derechos sobre objetos inmateriales, por ejemplo, el nombre comercial, la clientela, la propiedad intelectual, etc. Se insiste, hay bienes que no son susceptibles de captar por los sentidos, sino que pertenecen a una categoría que se encuentra en el campo de los conceptos, estos son los bienes incorpóreos, inmateriales o intangibles producto de la inteligencia o capacidad creadora del ser humano, que integran, se repite, el patrimonio de una persona.

En cuanto concierne a los derechos personales o de crédito, ilustrativo resulta destacar que *“son los que solo pueden reclamarse de ciertas personas, que por un hecho suyo o la sola disposición de la ley, han contraído las obligaciones correlativas (...)”* (art. 666 C.C.), es decir, que corresponden a la facultad que tiene una persona, llamada acreedor, para reclamar o exigir de otra, denominada deudor, la satisfacción o cumplimiento de una prestación de dar, hacer o no hacer.

Téngase en cuenta, además, que uno de los aspectos que caracterizan los *“derechos personales”*, conforme a la orientación clásica, es que se originan en el contrato, cuasicontrato, delito, cuasidelito y la ley; que para el caso del derecho local coinciden con las fuentes de las obligaciones consagradas en el artículo 1494 *ibídem*, según el cual aquellas *“(…) nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona,*

como en los delitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos de familia (...)”.

Desde esta perspectiva, es indiscutible que el derecho de opción de compra es un bien incorporal que puede el locatario exigir después de cumplido el leasing a la entidad bancaria; en tanto derecho personal no hay duda ninguna que hace parte del patrimonio del locatario, y por consiguiente se constituye en prenda general de los acreedores (art. 2488 C.C.).

Así mismo es irrecusable, de otra parte, que tal derecho tiene un contenido o significación económica, a despecho de la peregrina afirmación lanzada por la parte recurrente, no de otra forma se explica que esté dentro del tráfico jurídico y pueda ser objeto de cesión, negociación o transferencia. La sola insistencia del ejecutado para solicitar el levantamiento del embargo es señal inequívoca de su valor crematístico, pues si no tuviera valor o estimación económica no se entendería el interés del ejecutado para pretender su desembargo.

Así lo evidencia la naturaleza misma del contrato de leasing y su sistema de amortización, habida cuenta que no debe marginarse que la determinación del precio en el contrato de leasing, tiene una fisonomía y arquitectura muy especial, que no responde única y exclusivamente al costo por el uso y goce de la cosa concedida al arrendatario, sino que obedece, prevalentemente, a criterios financieros que van desde la utilidad propiamente dicha, pasando por la recuperación de la inversión, hasta la eventual transferencia del derecho de propiedad, cuando precisamente el locatario, al final del plan de pagos haga uso de la opción de compra y pague el consiguiente valor, siempre inferior al valor comercial del bien (valor residual), que por ese concepto las partes convinieron de consuno desde el inicio de la negociación.

Brota palmario, en consecuencia, que la facultad que detenta el locatario dentro del contrato de leasing de ejercer la opción de compra al final de la vigencia de la relación negocial desde su privilegiada posición jurídica de arrendatario financiero envuelve en el fondo, esencial y materialmente hablando, un derecho de contenido económico, que sin mácula de equivocidad constituye un bien que integra y conforma su patrimonio; es indiferente para el caso que el locatario no sea propietario del bien objeto del leasing habitacional, como es apenas elemental, pero debe remarcarse de nuevo que la cautela no está encauzada al embargo de los inmuebles que son de propiedad de la misma entidad ejecutante, lo cual sería una contradicción ontológica y jurídica insalvable, sino que persigue sacar del comercio el derecho de opción de compra que detenta el locatario ejecutado en el contrato de leasing: nada más.

Así, entonces, si bien es cierto, dicha prerrogativa comporta una expectativa ligada a una condición suspensiva, que pueda que no se dé, también lo es que para el locatario, indubitavelmente, la opción de compra que le brinda el contrato de leasing es un bien patrimonial de naturaleza incorporal soportado sobre una confianza legítima, pues eso explica, itérese, que pueda cederlo, negociarlo, en fin, comercializarlo y con ello transferirlo a favor de terceros

a cualquier título, claramente con la aquiescencia expresa y previa de la compañía de financiamiento, sin que esto último constituya un valladar insuperable, como quiera que no es extraño ni mucho menos ajeno al mundo fenomenológico que dichas operaciones y transferencias se adelanten a menudo en el espectro comercial, si en cuenta se tiene que para el arrendador financiero, atendiendo su fin esencial y pragmático de generar lucro en desarrollo de su objeto social, en línea de principio, le es irrelevante e intrascendente quién es la persona, física o moral que se ubica en el otro extremo de la relación negocial, con tal de que aquella exhiba iguales o superiores condiciones y características de capacidad financiera y de pago a las que presentaba o mostraba el arrendatario financiero primigenio.

En suma, los argumentos expuestos por el apelante no alcanzan el propósito de desvirtuar de ninguna manera las certeras consideraciones blandidas por la jueza de primera instancia para decretar la medida cautelar de embargo, pues para esta instancia concurren cabalmente los presupuestos legales y fácticos para soportar tal decisión, como se dejó reseñado a espacio, todo lo cual conlleva a la infructuosidad de la alzada y la consiguiente confirmación de auto motejado.

4.- Como el ruego vertical deviene frustráneo, resulta imperioso condenar en costas a la parte apelante al así disponerlo el artículo 365 del CGP.

En mérito de lo expuesto, esta Sala de Decisión Civil del Tribunal Superior de Cali,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la providencia apelada.

SEGUNDO: Condenar en costas de esta instancia a la parte recurrente. Para tal efecto se señalan como agencias en derecho la suma de \$500.000.oo.

TERCERO: Regrese el proceso al Despacho de origen para lo de su competencia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

HOMERO MORA INSUASTY
Magistrado