TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

SALA CIVIL FAMILIA

Magistrado: Jaime Alberto Saraza Naranjo.
Pereira, diciembre trece de dos mil diez
Expediente 66001-31-03-001-2002-00217-03

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra el auto del 3 de agosto de 2010, proferido por el Juzgado Primero Civil del Circuito en este proceso ejecutivo seguido a continuación del ordinario reivindicatorio por Jorge Alberto Gutiérrez Gómez, en nombre propio y como albacea testamentario de Margarita Gómez de Gutiérrez y Alicia Gutiérrez Gómez frente a Inés Gutiérrez Gómez.

ANTECEDENTES

En el mencionado auto decidió el juzgado negar la solicitud consistente en que se designara un perito para determinar "los cánones de arrendamiento que se hubieran percibido y los que se percibirían por la casa de la Hacienda Quimbaya I desde el 12 de junio de 2008 (vencimiento del plazo establecido en el numeral cuarto de la transacción) hasta la fecha en que se ponga en posesión de las cuotas partes de la misma a los demandantes, con el fin de que se ordene su pago en el equivalente a las tres cuartas (3/4) partes a los demandantes, a título de perjuicios moratorios…".

La negativa provino del hecho de que los demandantes no estimaron bajo juramento los perjuicios moratorios, de un lado; y del otro, no puede accederse a la doble solicitud que implica la cláusula penal y la indemnización de perjuicios.

Inconformes, recurrieron en reposición y apelación los demandantes, quienes sostienen que la posibilidad de exigir la cláusula penal y los perjuicios fue pactada expresamente por las partes en la transacción y por ello no puede el juzgado negar esa posibilidad, menos requiriendo un juramento estimatorio que, se sabe, va a ser rechazado por la demandada, empeñada como está en dilatar el proceso.

El principal recurso de reposición fue despachado negativamente, con los mismos argumentos, y se concedió la alzada.

En esta sede, una vez admitida, fue sustentada otra vez; insisten los recurrentes en que la posibilidad de acumular la pena y los perjuicios fue expresamente prevista en el contrato de transacción y por ello se pide que se recurra a un perito, no al juramento estimatorio que a nada conduciría.

Ahora es oportuno decidir, previas estas:

CONSIDERACIONES

Sea lo primero decir que el juzgado parece albergar una confusión respecto de lo que se está ejecutando. Después de ir y venir en lo atinente a la validez de la transacción planteada por las partes, decidió por último que había que aceptarla y, por tanto, le puso fin al proceso, decisión que no fue protestada y que, por tanto, quedó en firme.

Así las cosas, es evidente que lo que ahora se ejecuta no puede ser la sentencia misma proferida en el proceso ordinario, sino la transacción lograda entre las partes, con fundamento en lo prescrito en el inciso final del artículo 335 del C.P.C., que con la reforma introducida con la Ley 794 de 2003, permite ahora *"...el cumplimiento forzado de obligaciones reconocidas mediante conciliación o transacción aprobadas en procesos declarativos finalizados por*

alguna de las dos circunstancias anteriores...”, como quedó dicho en el auto atacado.

En segundo término, para la Sala no es claro que en este caso se invoque el artículo 500 del C.P.C., porque no se trata aquí de la ejecución de una obligación de hacer, sino de dar, concretamente de entregar un inmueble. Sobre el punto se ha sostenido en esta sede que:

> “Una obligación de hacer es aquella en la que el deudor está llamado a ejecutar una determinada actividad en beneficio del acreedor; ese concepto encierra, entonces, una actividad positiva por parte de quien debe cumplir la prestación, bien material o intelectual.
>
> Por su lado, una obligación de dar, que es un género, encierra entre otras posibilidades la de entregar o restituir un bien. Si bien en sentido estricto la obligación de dar implica la transferencia del dominio o, en todo caso, la constitución de un derecho real sobre un bien, voces hay que defienden la postura de que también la entrega de un bien a cualquier título, incluso sin que se constituya un derecho real sobre el mismo, hace parte de las obligaciones de dar [1].” [2]

Pero más allá de esta situación, que no es lo que causa la inconformidad de los demandantes, estuvo bien que se negara la orden ejecutiva relacionada con el valor de unos cánones de arrendamiento, pues dejando también de lado el hecho de que este valor se pudiera acumular al de la cláusula penal, lo cierto es que, como lo dejó sentado el juzgado, ejecutada una obligación de dar, si es que la entrega de un inmueble puede equipararse a los términos del artículo 493 del C.P.C. (ya que esta norma alude a la obligación de dar una especie mueble, o bienes de género distintos de dinero), es deber del demandante, en caso de que reclame perjuicios moratorios, que estime su valor mensual, si no figura en el título, como lo manda esta norma.

Es evidente que en el acta de transacción nada se dijo sobre la causación de estos perjuicios, ni se cuantificó allí su monto, representado, como se pretende, en el de unos cánones de arrendamiento. Y como no figura allí

---

[1] HINESTROSA, Fernando, Tratado de las Obligaciones, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, p. 123.
[2] Tribunal Superior de Pereira, Sala Civil-Familia, providencia del 19 de marzo de 2010, exp. 66001-31-03- 002-2009-00336-01, acta No. 139 de la misma fecha.

esa estipulación, no había otra alternativa que la de estimarlos bajo juramento para que el juez pudiera, como señala el artículo 499 ibídem, librar la orden ejecutiva por ellos de acuerdo con el monto apreciado.

Recuérdese que este era uno de los pocos casos en los que la prueba del juramento estimatorio cobraba vida, pues hoy por hoy se le dio una apertura total con la vigencia de la Ley 1395 de 2010. Y si el demandante no cumplió esa carga, no podía el juzgado acceder a lo pedido.

En consecuencia, la razón aquí está de parte del juzgado y, por tanto, se confirmara el auto apelado.

Las costas en esta sede serán a cargo de la parte demandante y a favor de la demandada, en los términos de los numerales 1° y 3° del artículo 392 del C.P.C., incluidas las modificaciones que a esta norma le introdujo el artículo 42 de la Ley 1395 citada.

DECISIÓN

En armonía con lo dicho, el Tribunal Superior del Distrito Judicial, Sala Unitaria Civil-Familia, **CONFIRMA** el auto protestado.

Costas a cargo de los demandantes y a favor de la demandada. Para su tasación se fija la suma de $1´030.000,oo como agencias en derecho.

Notifíquese

JAIME ALBERTO SARAZA NARANJO
Magistrado