



***DISTRITO JUDICIAL DE MEDELLÍN
TRIBUNAL SUPERIOR SALA CUARTA DE DECISIÓN CIVIL
MAGISTRADA PONENTE: PIEDAD CECILIA VÉLEZ GAVIRIA
"Al servicio de la justicia
y de la paz social"***

Medellín, veintinueve de mayo de dos mil diecinueve

S-68 (assume ponencia)
Demandante: Zeuss Petroleum S.A.
Demandado: José Lester de Nicolás Restrepo Villegas
Radicado: 05266 31 03 003 2017 00116 01
Procedencia: Juzgado Tercero Civil del Circuito de Envigado
Decisión: Revoca

CUESTIÓN

De conformidad con lo dispuesto en la audiencia celebrada por la Sala de Decisión presidida por el Dr. Julián Valencia Castaño el 15 de mayo de 2019, en la que su ponencia fue derrotada, habiendo pasado a la suscrita, quien anuncio sentido del fallo, se procede a resolver de manera escrita el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Envigado el 10 de mayo de 2018, para lo cual se tienen en cuenta los siguientes.

ANTECEDENTES

PRETENSIONES

La sociedad Zeuss Petroleum S.A., mediante demanda presentada el 8 de mayo de 2017, pretendió que se declare la terminación del contrato de subarriendo firmado con José Lester de San Nicolás Restrepo Villegas el 10 de enero de 2012, sobre los inmuebles con matrícula 001-0233782 y 001-0233789, en los cuales se encuentra levantada la estación de servicio Servicentro Las Vegas.

Igualmente, se declare la terminación del contrato de subarriendo celebrado entre

las mismas partes sobre el establecimiento de comercio EDS Villagrande las Vegas, que se ubica dentro de los inmuebles antes descritos.

Como consecuencia, se ordene la restitución de los tres bienes objeto de los contratos aludidos.

RESUMEN DE HECHOS:

Las sociedades Inverdian S.A.S. y Zeuss Petroleum S.A., el 6 enero de 2012 celebraron contrato de arrendamiento por cinco años -contados a partir del 1 de febrero de 2012- sobre los inmuebles señalados, y el 20 de abril de 2012 celebraron contrato de arrendamiento por cinco años –contados a partir del 1 de mayo de 2012- sobre el establecimiento de comercio EDS Villa Grande las Vegas.

Sobre esos mismos bienes la sociedad Zeuss Petroleum S.A. celebró sendos contratos de subarriendo con el señor Lester Restrepo, en las mismas fechas y por la misma duración a partir de los mismos días, y con el mismo canon.

En ambos contratos de subarriendo se pactó que, si se comunica por una de las partes a la otra la decisión de no renovación con una antelación de un mes antes de la fecha de vencimiento del contrato, el mismo no se prorrogaría.

Zeuss Petroleum S.A. ha manifestado en repetidas ocasiones que desde el 25 de agosto de 2016, su voluntad de no renovar y no prorrogar el contrato de subarriendo.

En la cláusula octava del contrato de subarriendo de los inmuebles se acordó que el subarrendatario asumiría a su costo los seguros sobre el inmueble y sus construcciones, así como sobre el establecimiento de comercio que allí funciona, por valor de cobertura de reposición a nuevo, vigentes por el término de duración del contrato, remitiendo constancias de pago y vigencia al subarrendador dentro de los treinta días siguientes a su renovación o prorroga, obligación esta incumplida por el subarrendatario. Por último, señaló que el demandado se encuentra en mora del pago del canon de arrendamiento.

CONTRADICCIÓN

En la contestación de la demanda se aceptaron la mayoría de los hechos, sin embargo, se propone como defensa, que no se hizo el desahucio en los términos de los artículos 520 y ss. del C. Co.; y que tampoco es cierto que se encuentre en mora del pago de los seguros o del canon de arrendamiento.

Propuso como excepciones de mérito: cumplimiento del contrato (pues ha pagado cumplidamente el respectivo canon y mantenido al día las pólizas de seguro); renovación del contrato de arrendamiento sobre inmueble (pues ha ocupado por más de dos años el inmueble con un mismo establecimiento de comercio de su propiedad, denominado Estación de Servicio Villa Grande Las Vegas); indebido desahucio (pues la propietaria no ha cumplido lo previsto por el art. 520 del C.Co.); e inexistencia de contrato de arrendamiento sobre establecimiento de comercio (el establecimiento de comercio fue registrado en Cámara de Comercio desde el 18 de enero de 2012 como propiedad del demandado, y el "contrato de subarriendo" sobre el mismo aparece fechado el 20 de abril; se ha facturado siempre por parte de Zeus Petroleum S.A. el canon de un solo contrato; la sociedad Zeus Petroleum aparece en medio de esta relación solamente en su calidad de mayorista distribuidor de hidrocarburos, su lucro radica en la cantidad de combustible que suministra al demandado en razón del contrato de suministro celebrado el 10 de enero de 2012).

Además, afirmo que según el artículo 524 ibídem la cláusula de no renovación no produce efectos.

LA SENTENCIA APELADA

El juez declaró parcialmente probada la excepción de cumplimiento del contrato por el subarrendatario y desechó las demás excepciones, para finalmente conceder las pretensiones en cuanto declaró la terminación de los contratos de subarriendo respecto de los inmuebles y del establecimiento de comercio "EDS VILLA GRANDE LAS VEGAS".

Para ello, empezó por analizar qué clase de relación contractual se había trezado entre las partes, hallando dos tipos de contrato de arrendamiento, uno de inmuebles

y otro de establecimiento de comercio, en los que los contratantes actuaron como comerciantes, según los documentos aportados. Seguidamente, hizo referencia a los artículos 523, 533, 526 y 897 del C de comercio. Luego, acometió el estudio de ambos contratos para interpretarlos, buscando descubrir los efectos jurídicos que habían producido, con pilar en la autonomía de la voluntad, acorde con el Art. 1602 C Civil, para concluir que a pesar de existir en apariencia dos contratos de arriendo, la verdad es que había una sola relación contractual, muy a pesar de que el demandado alegue que las pretensiones solamente pueden ir hacia la terminación del arrendamiento de los inmuebles, bajo la razón supuesta de que el establecimiento de comercio es de su propiedad, por lo que desatendió la postura fáctica y jurídica de la parte pasiva, cuando pidió reconocer solamente la existencia de uno de los contratos.

Respecto de la inexistencia del arrendamiento sobre dicho establecimiento de comercio, alegada por el demandado, expuso que las pruebas muestran cómo el demandante recibió en arriendo en el año 2012 el establecimiento de comercio "EDS VILLA GRANDE LAS VEGAS", mismo que de inmediato subarrendó al demandado, prueba documental que le permitió desvirtuar la presunción de propietario que consagra el numeral 2º art. 32 C de Comercio, sin importar que el demandante solo aparezca como mayorista en el suministro de hidrocarburos. Recalcó, cómo de las pruebas surge que el querer de los contratantes fue el subarriendo del establecimiento de comercio que funciona en los locales comerciales, o, si se quiere, la intención fue el subarriendo de los inmuebles y del establecimiento de comercio de una estación de servicio -ya en funcionamiento-, hecho admitido por el demandado José Lester, al aceptar que cuando recibió el objeto arrendado, ahí ya venía funcionando una estación de gasolina, como consta en el contrato (Fl 24 C. 1 cláusula 25). Añadió, que en el momento del contrato ya existían los permisos oficiales para el funcionamiento de dicha estación, a lo que suma que los contratos están firmados por la arrendadora, el arrendatario y el subarrendatario, documentos reconocidos por ambas partes.

Que, así aparezca el demandado registrado como propietario del establecimiento de comercio, esa presunción del Código de Comercio admite prueba en contrario, presunción que se desvirtúa, frente al hecho de que dicho establecimiento y los inmuebles donde funciona son de propiedad de "Inverdian -hoy Semillas de Verano-". Que el demandado reconoció en el interrogatorio de parte, que el establecimiento

de comercio ya funcionaba allí cuando él contrató, al tiempo que a fl. 134 C.1, aportó documento del pago por consignación sobre el establecimiento de comercio "ADS Villa Grande Las Vegas".

Concluyó, que quedó desvirtuada la propiedad del señor Lester sobre el establecimiento de comercio, de ahí que hay una sola relación contractual, en cuanto y por cuanto en los inmuebles funciona el establecimiento de comercio, interpretación acorde con el Art. 1622 C civil, por lo que ambos siempre han entendido que se trata de un solo contrato y, la muestra está en que no se pagan dos cánones de arrendamiento sino uno solo, en conjunto sobre los inmuebles y el establecimiento de comercio y de ahí dedujo que no prospera la excepción de inexistencia de contrato de arrendamiento respecto del establecimiento de comercio, explicando que la suscripción de un segundo contrato se hizo para dar mayor claridad al objeto arrendado, por lo que en el segundo contrato se describió mucho mejor lo arrendado.

Ya, en cuanto a la protección que dice el demandado tener respecto del art. 518 C de Co., sobre la renovación del contrato, el juez citó la casación de septiembre 24/2001 exp. 5876, con ponencia del Dr. José Fdo. Ramírez Gómez, de la cual dedujo que el arrendatario del establecimiento de comercio no goza de ese privilegio, prerrogativa que está reservada para el propietario del establecimiento de comercio, pues, el arrendatario apenas goza de la tenencia y explotación, pero los demás beneficios son para el dueño, por lo que esa protección no viene al caso.

Las partes pactaron en la cláusula sexta y quinta, que si uno de los contratantes ha manifestado al otro su intención de no prorrogarlo –con un mes antes a la fecha del vencimiento-, ahí se entenderá terminado o de lo contrario se entenderá prorrogado. Que hay prueba de que la demandante manifestó por escrito su intención de no prorrogarlo. Luego, el demandado sí se halla en mora de entregar el establecimiento y los inmuebles y por eso no están llamadas a prosperar las excepciones, debiendo proceder la terminación del contrato.

En cuanto a la alegada mora en el pago, el juez no halló probada esa causal, ya que el demandante no cumplió con la carga de señalar cuáles fueron los cánones no pagados, para así garantizar la defensa del demandado, pues solo en el hecho 9º de la demanda aseveró, que a la fecha se encuentra en mora de pagar dichos rubros,

correspondientes a los últimos meses del 2016 y principios de enero del 2017 y agosto del 2017, por lo que no prospera la terminación por mora. Que, si alguna mora pudo haber, al menos no se acumularon dos meses de falta de pago, según la cláusula décimo segunda; además, que nada se dijo tampoco sobre el pago incompleto, en cuanto no se incluyera el aumento del canon cada año.

Por último, estimó también el incumplimiento del contrato de arrendamiento por el demandado, ya que de conformidad con las cláusulas 8 y 9ª, el subarrendatario se comprometió a asumir el costo de los seguros contra todo riesgo y por reposición a nuevo, vigentes por la duración del contrato y sus prórrogas, documentos que debió remitir al subarrendador, y los que presentó en el interrogatorio de parte no podían ser analizados porque no cumplen con la aducción de la prueba; luego, como el demandado fue incumplido, entonces, por dicha causal también procede la terminación del contrato.

LA APELACION.

El apoderado de la parte demandada expuso, como puntos de inconformidad, los siguientes:

1. Fallo ultra petita y violación al principio de congruencia. Ya que las partes aceptaron en la fijación del litigio la existencia de sendos contratos de arrendamiento, pero el juez declaró en forma indebida la inexistencia del contrato celebrado el 10 de enero del 2012 y, como consecuencia, acogió el segundo contrato, para admitir que el desahucio se había efectuado dentro de los términos acordados para el mismo y de ahí dedujo la terminación del contrato y la mora para entregar, por lo que ordenó al demandado que debía entregar tanto los inmuebles como los bienes que conformaban el establecimiento de comercio, con lo cual desconoció el valor de las pruebas y en especial la confesión hecha por el representante Legal de Zeuss en el minuto 32. Y tan cierto es que para Zeuss el contrato válido es el celebrado en el mes de enero del 2012, que por eso ha elaborado a partir de allí las facturas con los respectivos incrementos año tras año. Se desconoció, entonces, el debido proceso y se resolvió el litigio bajo un hecho que no hacía parte del debate procesal, violándose así el principio de congruencia e incurrió el juez en fallo *ultra petita*.

Que igualmente, al deducir el a quo que el art. 518 del C de Co. sólo se aplica cuando el arrendatario es el propietario del establecimiento de comercio y como no le dio valor al certificado de Cámara de Comercio, mismo que prueba el hecho que el demandado es el propietario del establecimiento de comercio, luego, es por lo que el a-quo terminó por desconocer los derechos de la propiedad comercial, para lo cual se apoya en SC del 14 de abril del 2008 y 27 de abril del 2010.

Advierte que el fallo desconoció que antes del presente contrato de arrendamiento, en los locales funcionaba una estación de servicio de la compañía "MOBIL", siendo el demandado quien con el establecimiento de comercio "EDS VILLAGRANDE LAS VEGAS", cambió la imagen anterior, aumentando los servicios prestados y posicionó un negocio que hasta el momento no había podido posicionarse en el sector, siendo el interés del demandante recuperar el establecimiento para seguirlo explotando y así aprovecharse del trabajo del demandado en los últimos años. Pidió, entonces, al Tribunal, que de aplicación a los artículos 518 y 520 del C de Comercio, para que se haga eficaz el derecho al desahucio y a la renovación, así, como el derecho a la indemnización de perjuicios.

También se pronunció sobre la Inexistencia del contrato de arrendamiento sobre el establecimiento de comercio, pues, no hay prueba de dicho contrato, máxime cuando faltan dos de sus elementos esenciales como son el precio y la concesión del goce de la cosa, a lo que se suma que fue el demandado quien creó el nuevo establecimiento de comercio denominado "EDS VILLAGRANDE LAS VEGAS", razón por la cual no podía prosperar la terminación frente a éste, máxime cuando –se repite-, hay prueba de que fue el demandado quien con su esfuerzo consolidó dicho negocio y hasta quedó atado al demandante Zeuss, ya que era este quien le suministraba el combustible, por lo que estima un abuso que se le permita ahora al subarrendador la restitución del establecimiento para seguirlo explotando con el mismo negocio.

2. Indebida valoración sobre la prueba de la póliza. Que hay confesión dentro del proceso, lo que consta en la audiencia celebrada el 3 de mayo y póliza aportada. No está de acuerdo con probar afirmación indefinida, siendo el demandante quien tenía la carga de probar que el demandado no cumplió con esa garantía, además, porque esa cláusula era muy amplia e indeterminada, la que sólo hablaba de que la póliza debía tomarse por un valor suficiente para soportar los riesgos.

3. Ritual excesivo para no analizar la prueba de la póliza. No acepta que el juez se haya negado a recibir los documentos que quiso aportar en la audiencia, lo que conllevó a no valorar la prueba de la póliza, bajo el débil argumento de que no se podía aportar de manera extraprocesal, lo que deviene en un excesivo ritual manifiesto. Que con el aporte de la póliza se quería demostrar el cubrimiento o vigencia hasta, con un amparo suficiente por \$1.450.000.000. Que el contrato de seguro tiene vigencia del 12 de mayo del 2012 y va más allá del litigio y debió ser acogido conforme lo alegado por la demandante, pero no acogerse de forma indiscriminada, dándole efecto a uno y otro conforme el libre albedrío, lo que conllevó un fallo *ultra petita*.

4. Se desconoce la confesión del demandante y la aplicación del art. 518 del C. Co. Ya que hubo confesión del representante legal del demandante, donde manifiesta - minuto 52-, que la póliza no es falsa y responde que se encuentra asegurado y la póliza estaba vigente, pero no cumplió con constancias de pago.

PROBLEMAS JURÍDICOS

De conformidad con lo decidido en primera instancia y los argumentos de la apelación, los problemas jurídicos que debe abordar la Sala son los siguientes:

1. ¿Celebró el demandante con demandado contrato de arrendamiento sobre inmuebles y sobre establecimiento de comercio?
2. ¿Se incumplieron obligaciones por parte del demandado relativas a mantener vigente el aseguramiento?⁰¹

A resolver estos cuestionamientos apuntan las siguientes

CONSIDERACIONES

1- Local comercial, Empresa y Establecimiento de Comercio.

El Código de Comercio no define el concepto de local, sin embargo, a partir del artículo 515, en el que inicia la regulación del establecimiento de comercio y su

protección legal, se advierte con claridad que con la palabra local se hace referencia al inmueble que se utiliza para desarrollar en él una actividad comercial, presentándose en estas normas una dualidad de conceptos local y establecimiento de comercio, para entrar a establecer una protección legal de este frente al propietario de aquel, porque habiendo ocupado el empresario el local al menos dos años consecutivos con un mismo establecimiento de comercio, surge el derecho a la renovación, salvo las causales previstas por los numerales 2 y 3 del artículo 518 del C. de Co., esto es, cuando: "...2) Cuando el propietario necesite los inmuebles para su propia habitación o para un establecimiento suyo destinado a una empresa sustancialmente distinta de la que tuviere el arrendatario; y 3) Cuando el inmueble deba ser reconstruido, o reparado con obras necesarias que no puedan ejecutarse sin la entrega o desocupación, o demolido por su estado de ruina o para la construcción de una obra nueva".

El citado estatuto define el concepto establecimiento de comercio, expresando en su artículo 515 es "...un conjunto de bienes organizados por el empresario **para realizar los fines de la empresa**" (negrilla fuera de texto). Con base en esta definición normativa la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil lo definió como un "...conjunto heterogéneo y organizado de bienes utilizados por el comerciante para **desarrollar una actividad económica** enderezada a la producción, transformación, circulación, administración o custodia de bienes, o para la prestación de servicios que, dada su destinación, conforma una unidad que permite su negociación en bloque" (Sentencia del 18 de diciembre de 2009. M.P: Arturo Solarte Rodríguez).

Así pues, partiendo de esas definiciones es claro que para que exista establecimiento de comercio debe existir un conjunto de bienes; y aunque se enlistan, de manera enunciativa y no taxativa, en el artículo 516 ibídem varios de ellos: muebles y derechos, la Corte ha expresado que "...pueden estar incorporados al fondo de comercio todos los bienes que el empresario haya destinado efectivamente a la **actividad mercantil de que se trate**, incluso los bienes inmuebles en los que la respectiva empresa tenga su asiento" (sentencia citada).

Se impone pues concluir que de naturaleza variada son los bienes que conforman el establecimiento de comercio: incorporales y corporales, muebles e inmuebles, pero se atribuye a la cohesión de esos bienes para que se miren como un todo o

universalidad, el elemento subjetivo advertido en las tres citas anteriores, a saber: "...organizados por el empresario para realizar los fines de la empresa..."; "...bienes utilizados por el comerciante para desarrollar una actividad económica..." y "...bienes que el empresario haya destinado efectivamente a la actividad mercantil".

Sobre ese elemento subjetivo que agrupa esos bienes y da vida al establecimiento de comercio, tiene dicho la Corte:

"¿cómo hacer de lado que la ley misma es la que define el "establecimiento de comercio" no como un conjunto de bienes aislados sino todo "un conjunto de bienes organizados por el empresario para realizar los fines de la empresa", donde lo primordial resulta ser ese ingrediente subjetivo que aúna los bienes en el propósito de la empresa? Y cómo no tener en cuenta que los elementos de dicha universalidad, descritos a renglón seguido por el artículo 516 constituyen un listado de bienes, derechos y obligaciones que en su genuina dimensión involucran muchas más cosas que el local y las instalaciones donde funciona el establecimiento; así los derechos derivados de la propiedad intelectual en cabeza del empresario, las mercancías, "los créditos y los demás valores similares", el mobiliario y las instalaciones, "los contratos de arrendamiento" y los derechos sobre la clientela?" (Sentencia de 2005 septiembre 30. M.P: Manuel Isidro Ardila Velásquez).

De suerte que en la definición de establecimiento de comercio de la que parten estas consideraciones se destaca que esa reunión de bienes que lo conforman: primero, la hace el empresario, y segundo, tiene un propósito: desarrollar su actividad comercial.

Así entonces solo los empresarios pueden imprimir a un conjunto de bienes la connotación de establecimiento de comercio. Ahora, si según el artículo 25 ibídem, empresa es "*toda actividad económica organizada para la producción, transformación, circulación, administración o custodia de bienes, o para la prestación de servicios. Dicha actividad se realizará a través de uno o más establecimientos de comercio*", empresario es entonces la persona que realiza la actividad de que se trate. Y si la empresa se define en función de actividad y se realiza mediante uno o más establecimientos de comercio, este es tal, en la medida en que a través suyo se realice la respectiva actividad.

Conviene tener presente además que conforme a la Ley 39 de 1987 la actividad de distribución de combustibles líquidos derivados del petróleo, tiene la naturaleza de servicio público, lo que explica y justifica su estricta regulación, conforme a la cual

son agentes de tal cadena, solamente: “ *el Refinador, el Importador, el Almacenador, el Distribuidor Mayorista, el Transportador, el Distribuidor Minorista y el gran Consumidor*” (artículo 2º ib. modificado por el 61 de la Ley 812/03 y reglamentado por el Decreto 4299/05).

Pues bien, el artículo 4º del Decreto 4299 de 2005 define, entre otros conceptos, el de Estación de Servicio, como: “*Establecimiento en el cual se almacenan y distribuyen al consumidor final los combustibles líquidos derivados del petróleo*”. A su vez, define al distribuidor minorista como: “*Toda persona natural o jurídica **dedicada a ejercer la venta** de combustibles líquidos derivados del petróleo al consumidor final, **a través de una estación de servicio**, o como comercializador industrial, en los términos del Capítulo VII del presente decreto*”.

Dicho sea también que el decreto en cita tiene por objeto “... *establecer los requisitos, obligaciones y el régimen sancionatorio, aplicables a los agentes de la cadena de distribución de combustibles líquidos derivados del petróleo, excepto GLP, señalados en el artículo 61 de la Ley 812 de 2003, con el fin de resguardar a las personas, los bienes y preservar el medio ambiente*”.

Así pues, aunque esta regulación especial de distribución de hidrocarburos utiliza la palabra establecimiento para iniciar la definición de Estación de Servicio, no por ello debe entenderse como establecimiento de comercio, pues más adelante la misma regulación asimila el concepto estación de servicio con construcción. Nótese cómo uno de los requisitos que debe presentar el interesado en ejercer la actividad de distribuidor minorista de hidrocarburos a través de una Estación de Servicios, para obtener la autorización del Ministerio de Minas y Energía es “*la licencia de construcción y permisos y/o autorizaciones ambientales correspondientes, expedidos para la respectiva estación de servicio por las autoridades competentes si estas así lo requirieren*” (artículo 21 del mismo decreto).

Esta última norma da entender que la estación de servicios es una construcción, lo que a su vez impone concluir que se hace referencia a un inmueble, máxime si se tiene en cuenta que una estación de servicios tiene bajo tierra determinados tanques de almacenamiento, entre otras adecuaciones constructivas con las que debe contar. Porque así es, también la Resolución 2500 de 2004 del Ministerio de Transporte que regula lo relacionado con la licencia de construcción de estaciones de servicio

ubicadas en carreteras a cargo de la Nación (Norma vigente para la fecha de expedición del Decreto 4299 de 2005), exige, entre otros requisitos, la presentación de planos, ficha catastral del lote, ubicación y distancias con carreteras etc.

De las normas administrativas y legales, así como de la jurisprudencia citada, puede concluirse que una estación de servicio, *per se*, no es un establecimiento de comercio, es apenas un local especialmente construido y acondicionado para ejercer en él una actividad comercial regulada especialmente. Dicho de otra manera, una estación de servicio es un inmueble adecuado materialmente conforme a las exigencias técnicas para que pueda a través del mismo ejercerse la actividad comercial de distribución minorista de combustibles líquidos derivados del petróleo.

Entendida entonces la estación de servicios como un local comercial, un inmueble con una infraestructura allí incorporada y que hace parte del mismo conforme al artículo 713 del Código Civil, apenas puede considerársele a esta o al contrato de arrendamiento que sobre el mismo se tenga, un elemento del establecimiento de comercio mediante el cual se desarrolla allí la actividad de distribución minorista de combustibles líquidos derivados del petróleo.

2- El Caso Concreto.

En el evento que ahora ocupa la atención de la sala, se afirma en la demanda que Zeuss Petroleum S.A. celebró con el señor José Lester Restrepo Villegas dos contratos de "sub-arriendo": uno sobre dos inmuebles con MI 001-0233782 y 001-0233789 (fl. 19 a 25) y otro sobre un "establecimiento de comercio" denominado "EDS Villa Grande las Vegas" que se encuentra dentro de los mencionados inmuebles (fl. 35 a 43).

Sin embargo, una de las diferencias, por demás aparente, que se encuentra en estos dos contratos es que el objeto del primero es el goce de "dos inmuebles" y en el segundo el goce de "un establecimiento de comercio" denominado "EDS¹ Villa Grande las Vegas" ubicada en los dos inmuebles a que se refiere el contrato anterior.

Los dos contratos, sin embargo, en verdad hacen referencia a un solo objeto. El "subarriendo" recae sobre una estación de servicios, que como ya quedó visto, no

¹ Estación de Servicios.

es más que un inmueble especialmente adecuado para el ejercicio de una sola y estrictamente regulada actividad comercial que, por demás es calificada como de servicio público. Nótese como la única diferencia real entre los dos instrumentos negociales es que en el segundo contrato se hace referencia a un inventario de muebles y enseres que se supone se integran al "establecimiento de comercio" EDS, pero que en realidad muchos de ellos son inmuebles por destinación según el artículo 658 del C.C.² y otros por accesión conforme al art. 713 ib.³: tanques de almacenamiento, medidores, techos, etc. Y si bien quedan otros muebles que claramente no se adhieren al fundo: dispensador de chili, dispensador de queso, etc., no se relacionó en este inventario ningún bien incorporal, situación que debilita la posibilidad de concluir que lo arrendado fuera un "establecimiento de comercio", aunque así se haya expresado en el documento.

Al respecto, la existencia de ese conjunto de bienes sobre los que recayó el contrato: la edificación, el dispensador de chili, tanques, aire acondicionado, caja fuerte, etc. (fl. 42 y 43), en principio, es un conjunto de bienes desarticulados, que según el contrato no da cuenta de que tuviesen en el momento de suscripción o de la entrega al aquí demandado, organización para realizar los fines de alguna empresa, porque solo con un local y enseres no es suficiente para entender que se trata de una actividad comercial.

Se itera, lo consignado en los contratos da cuenta de la entrega de un conjunto de bienes desarticulados, a los que en criterio de esta Sala y conforme a la consideración anterior, no puede otorgársele el estatus de establecimiento de comercio. Ello explica que en parte alguna del documento se mencione siquiera la matrícula mercantil del mismo y su correspondiente renovación, como es de esperarse cuando se realizan operaciones sobre esta clase de bienes mercantiles, pues esta es una obligación esencial de los comerciantes⁴.

² Se reputan inmuebles, aunque por su naturaleza no lo sean, las cosas que están permanentemente destinadas al uso, cultivo y beneficio de un inmueble, sin embargo, de que puedan separarse sin detrimento. Tales son, por ejemplo: Las losas de un pavimento. Los tubos de las cañerías. Los utensilios de labranza o minería, y los animales actualmente destinados al cultivo o beneficio de una finca, con tal que hayan sido puestos en ella por el dueño de la finca. Los abonos existentes en ella y destinados por el dueño de la finca a mejorarla. Las prensas, calderas, cubas, alambiques, toneles y máquinas que forman parte de un establecimiento industrial adherente al suelo y pertenecen al dueño de éste. Los animales que se guardan en conejeras, pajareras, estanques, colmenas y cualesquiera otros vivares, con tal que estos adhieran al suelo, o sean parte del suelo mismo o de un edificio.

³ La accesión es un modo de adquirir por el cual el dueño de una cosa pasa a serlo de lo que ella produce o de lo que se junta a ella. Los productos de las cosas son frutos naturales o civiles.

⁴ Art. 19-1 de C.Co. Es obligación de todo comerciante: 1) Matricularse en el registro mercantil.

Art. 28-6 ib. Deberán inscribirse en el registro mercantil: La apertura de establecimientos de comercio y de sucursales, y los actos que modifiquen o afecten la propiedad de los mismos o su administración.

Artículo 33 ib. La matrícula se renovará anualmente, dentro de los tres primeros meses de cada año. El inscrito informará a la correspondiente cámara de comercio la pérdida de su calidad de comerciante, lo mismo que

Conviene anotar, de otro lado, y aunque no se desconoce la primacía de la autonomía de la voluntad, principio en virtud del cual se puede convenir sobre cualquier cosa que no contravenga el orden jurídico, que no son las partes las llamadas a otorgar categorías jurídicas a los objetos sobre los que contratan, puesto que por más que en un acto privado a un inmueble se otorgue el estatus de establecimiento de comercio, ello no puede desconocer la regulación legal sobre la materia. Luego, que las partes hubiesen utilizado en los contratos la categoría jurídica de "establecimiento de comercio", es más, aunque el mismo demandado hubiese utilizado la expresión "establecimiento de comercio" para referirse a la Estación de Servicios (fl. 111 y ss.), no por ello la edificación alcanza tal categoría, y menos surgen derechos y obligaciones por la denominación jurídica realizada por las partes.

Según la declaración del representante legal de Zeuss Petroleum S.A., para el año de la firma del "subarriendo", esta persona jurídica no era un distribuidor minorista, pues para esa fecha solo era distribuidor mayorista de combustibles, de lo que resulta imposible que aquella pudiera imprimirle a ese conjunto de bienes sobre los que recayó el contrato, el elemento subjetivo que permite hablar de establecimiento de comercio. Si no era distribuidor minorista de combustibles, difícilmente podía organizar un conjunto de bienes para esa específica actividad comercial; es más, no hay prueba de que hubiese recibido y detentado los bienes inmuebles objeto del contrato, pues no puede perderse de vista que los varios contratos, tanto los suscritos por la arrendadora y arrendataria principales, como los firmados entre esta última y el "sub-arrendatario", aparecen suscritos en las mismas fechas y empezarían a regir también en las mismas fechas.

El demandado, al absolver interrogatorio narró que la estación de servicio que allí operaba la tenía ESSO MOBIL, que estaba muy caída, deteriorada, y descuidada, por lo que los dueños (Inverdian) quería recuperarla y que él, que sabía de ese negocio, la operara, afirma que entonces entraron en negociaciones pero que *"yo tenía que buscar un mayorista porque habían lazos familiares de amistad y me dijeron: Lester nosotros te la alquilamos y muy bueno que tú la cojas porque tu sabe de eso ya que está demasiado caída... entonces me la dieron y me dijeron, como ya les dije:*

cualquier cambio de domicilio y demás mutaciones referentes a su actividad comercial, a fin de que se tome nota de ello en el registro correspondiente. Lo mismo se hará respecto de sucursales, establecimientos de comercio y demás actos y documentos sujetos a registro.

búsquese algún mayorista que usted quiera y por medio de ellos hacemos el contrato, que a la vez ese mismo contrato que se lo hagan a usted, entonces la relación que yo tuve con Zeuss es porque en ese instante del 2012 estaba el gerente Hernán Salazar que era amigo mío y se crió conmigo, entonces quién más que él para ayudarme porque sabían mis capacidades de trabajo sobre todo en las estaciones, él muy halagado me dijo: Lester muchas gracias por traernos ese negocio, estamos felices, no tenemos en Envigado ninguna Zeuss... ese fue el primer contacto que yo tuve con Zeuss." En cuanto a los contratos, narra que suscribió el de fecha 10 de enero de 2012, que el comenzó entonces a ir a la estación de servicios a ver qué obras requería hacer, qué muros tumbar, etc. Y que ya el día 18 matriculó su establecimiento de comercio. En cuanto al segundo contrato dice que firmó porque entendió que le incluían un inventario de enseres que había en la tienda, y que él mismo había realizado junto con la administradora de Inverdian. Dice que él realizó muchos arreglos y mejoras a la estación, que incluso Zeuss le prestó \$50'000.000 en hipoteca, con lo cual realizó dichas reformas, asumiendo los gastos con Inverdian. Afirma que el contrato realmente fue con Inverdian, que le arrendo el inmueble con los tanques y adecuaciones que allí había, "*simplemente quedamos de común acuerdo que el contrato que hubiéramos hechos Inverdian y Leter Restrepo, simplemente se pasaba por Zeuss simplemente pa que Inverdian tuviera una garantía del pago mensual y así habíamos quedado, pero toda la negociación se hizo fue realmente con Inverdian"*. Preguntado si ha tenido alguna otra relación contractual con Zeuss, respondió que la otra relación con este es un contrato de suministro por el cual Zeuss le pone el combustible en esa estación de servicio y él le paga por ello, contrato que se hizo al simultáneamente con el arrendamiento a que se ha referido.

En el mismo sentido se advierte el testimonio de la abogada Margarita María Mesa Mesa, asesora jurídica de Zeuss Petroleum S.A., quien afirmó que participó en dicha calidad profesional en la negociación del contrato con el señor Lester. Afirmó que Zeuss para esa fecha no operaba estaciones de servicio, y que el contrato de subarriendo era un contrato espejo respecto del contrato que Zeuss (arrendataria) firmó con Inverdian S.A.S. (arrendador). También señaló que los contratos de arrendamiento y subarriendo fueron elaborados por Inverdian S.A.S. y que el de subarriendo era una copia de aquel en todas sus cláusulas. Que el único interés que tenía Zeuss de participar en esa negociación era que iba a tener una estación de servicio más en el territorio colombiano vendiendo de su combustible, y por eso

asumía esa condición de intermediaria. Que incluso cuando Zeuss recibía el canon lo pasaba completo a Inverdian, o sea que no cobraba comisión de intermediación, que el primer contrato era más una promesa, como para "casar" el negocio, pero el documento que rige la relación es el segundo que se suscribió, el de fecha 20 de abril de 2012 donde se le arrienda el "establecimiento de comercio", explica la declarante que es que allí desde mucho tiempo antes funcionaba un establecimiento, una estación de servicio que "operaba" y "abanderaba" la ESSO MOBIL. También señaló, en relación con el segundo contrato, que se hizo en esos términos porque Inverdian porque estaba interesada de que el contrato recayera sobre el establecimiento de comercio a efectos de que no hubiese problemas para una eventual restitución.

Ahora, Inverdian S.A.S. propietario de los inmuebles (para la fecha del contrato) sobre los cuales se construyó la estación de servicios tampoco pudo imprimir ese elemento subjetivo a ese conjunto de bienes, pues recuérdese que este cometido solo lo puede alcanzar aquel comerciante con autorización especial para la distribución de combustible. Pero, además, del certificado de tradición y libertad de los inmuebles (fl. 54 a 61) se advierte que ello no era posible, veamos por qué:

Desde la anotación número 3 del FMI 001-233782 (fl. 54) y la anotación 5 del FMI 001-233789 (fl. 58 vto.) se inscribió contrato de arrendamiento sobre tales inmuebles, celebrado por escritura pública del 10 de septiembre de 1984 entre Maria Cristina Naranjo Cordoba y Santiago Cordoba R. y Cia Ltda., como arrendadores, y ESSO COLOMBIANA S.A, como arrendatario, mismo que fue cedido consecutivamente por cada tradente del dominio a su adquirente, hasta que esa anotación de arrendamiento fue cancelada el 25 de septiembre de 2015 (anotación 32 y 33 de los respectivos FMI).

El contrato de arrendamiento que viene de reseñarse fue celebrado entre Esso Colombiana S.A. (hoy Exxon Mobil S.A.⁵) y quienes para esa fecha eran propietarios de los inmuebles. En estos datos encuentra respaldo el dicho del señor José Lester (interrogatorio) cuando señala que las instalaciones de la estación de servicios que recibió era lo que tenía Exxon Mobil S.A.

Lo anterior permite colegir que ni Inverdian S.A.S. ni Zeuss Petroleum S.A.

⁵ <https://cdn.essoymobil.com.co/es-es/our-history>

adecuaron, con la estación de servicios, los inmuebles referidos, pues la misma existía desde mucho antes de su adquisición por parte de la primera. Además, no hay prueba de que la estación de servicios hubiese sido entregada por Exxon Mobil S.A., anterior arrendataria de los inmuebles, a Inverdian S.A.S. o a Zeuss Petroleum S.A., lo que confirma también el dicho del demandado, según el cual recibió de Exxon Mobil S.A. de manera directa la entrega de la estación de servicios, siendo plausible esta tesis del demandado en la medida que no obra constancia de recibido de aquellas.

Ese hecho: que ni Zeuss ni Inverdian recibieran el inmueble de parte de Exxon Mobil, pasando de manera directa de esta al señor Restrepo Villegas, refuerza la tesis de imposibilidad que aquellos tuvieron de conformar un establecimiento de comercio, y de paso descarta la posibilidad de hubiesen realizado la adecuación del predio como estación de servicios.

Añádase a lo anterior que en la misma fecha (10 de enero de 2012) en la que se firmó el contrato de arrendamiento entre Inverdian S.A.S. y Zeuss Petroleum S.A. y el de subarriendo entre esta y el señor José Lester, estos últimos también celebraron un contrato de suministro de combustible líquido (fl. 149) en el que aquella, como distribuidor mayorista, se obligaba a suministrar combustible líquido al distribuidor minorista Estación de Servicios Villa Grande las Vegas.

La celebración de este contrato de suministro, en la misma fecha del de "subarriendo" para proveer de combustible esa estación de servicio, pone en evidencia que al demandado no se le entregó aquella estructura en funcionamiento, lo arrendado no fue entonces un establecimiento de comercio, sino un local comercial, un inmueble con la infraestructura necesaria para operar a través suyo la actividad de distribución minorista de combustibles líquidos derivados del petróleo, porque una de las características del establecimiento de comercio es que de él hacen parte los contratos propios para desarrollar el empresario su actividad; bien pudo Inverdian S.A.S. o Zeuss S.A., de funcionar esa estación de servicio como establecimiento de comercio a nombre de alguno de ellos, simplemente inventariar con los demás elementos de este, el contrato de suministro por virtud del cual se abastecía, pero ello resultaba imposible porque antes del señor José Lester la distribución minorista de combustible en esa estación de servicio la ejercía Exxon Mobil S.A. con su propio establecimiento de comercio.

Estos datos confirman la cita jurisprudencial transcrita en que la Corte expuso que un establecimiento de comercio en "*su genuina dimensión involucra muchas más cosas que el local y las instalaciones donde funciona*", porque claramente a ese conjunto tiene que dárseles finalidad y utilidad, elemento subjetivo que solo se puede lograr a través del ejercicio del empresario.

No se desconoce que un establecimiento de comercio puede enajenarse o arrendarse, pero en un caso como este, para que fuera de tal manera, se extraña a más de la relación de bienes materiales, los elementos incorporeales, por ejemplo, cesión de contratos de suministro con distribuidor mayorista, contratos laborales, mercancías en almacén, créditos y/o valores similares. Sin estos derechos inmateriales resulta imposible considerar que lo arrendado fue un establecimiento de comercio, y por lo mismo, puede afirmarse que al adicionar el empresario aquí demandado varios de estos elementos a los bienes corporales recibidos en arrendamiento, y desarrollar la actividad propia, fue él quien en realidad inició un nuevo establecimiento de comercio (distinto al que explotaba la anterior arrendataria del inmueble).

Resulta acreditado en el expediente que el mencionado José Lester es comerciante idóneo para utilizar, organizar y destinar esa edificación o local denominado estación de servicio, para desarrollar en él la actividad para la cual fue construido, como en efecto lo hizo con su establecimiento de comercio EDS Villa Grande Las Vegas. En consecuencia, fue este quien, con los servicios allí prestados, los empleados contratados, su administración, el contrato de suministro celebrado con Zeuss, y en general, con todo su conocimiento como profesional en esa actividad comercial según el certificado de matrícula mercantil de persona natural (fl. 46), imprimió la connotación de establecimiento de comercio a ese conjunto de bienes, parte de los cuales le "subarrendó" Zeus Petroleum S.A., ello explica que la matrícula mercantil de tal establecimiento se haya abierto a su nombre desde el 18 de enero de 2012 y haya sido renovada (f. 160 c. ppal.).

Ahora, la inscripción del establecimiento de comercio Estación de Servicio Villa Grande las Vegas como propiedad de José Lester (fl. 160) según el artículo 35⁶ del

⁶ Las cámaras de comercio se abstendrán de matricular a un comerciante o establecimiento de comercio con el mismo nombre de otro ya inscrito, mientras éste no sea cancelado por orden de autoridad competente o a solicitud de quién haya obtenido la matrícula.

Código de Comercio, hace fe que hasta el 18 de enero de 2012, en la circunscripción de la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia, no existía otro establecimiento de comercio con ese nombre, y si bien ello no es prueba irrefutable del derecho de dominio sobre este, se erige como un indicio grave en contra de la tesis de que ese establecimiento de comercio con ese nombre se subarrendó por Zeuss Petroleum S.A. al señor Lester Restrepo Villegas.

En resumen, es claro que las partes no celebraron dos contratos, sino que se trata de un solo acuerdo de voluntades instrumentado en dos documentos, en los que se acordó el arrendamiento de una estación de servicios o lo que es lo mismo de un inmueble adecuado para la prestación del servicio de distribución minorista de combustibles al consumidor final, la cual *per se*, como ya quedó dicho, para la mayoría de la Sala, no tiene la connotación de establecimiento de comercio.

De otro lado, también queda claro que el contrato de arrendamiento en realidad tiene como extremos subjetivos a Inverdian S.A.S. (arrendador) y José Lester Restrepo Villegas (arrendatario). Según las declaraciones del representante legal de Zeuss Petroleum S.A. y de la abogada Margarita María Mesa Mesa, asesora jurídica externa de aquella, y dicho sea de paso, miembro principal de su junta directiva (f. 51 c. ppal.), esa persona jurídica participó en la negociación como intermediaria, como una especie de garantía que exigía el propietario de los inmuebles, para que el señor José Lester pudiera operar la estación de servicios allí edificada.

Aunado a lo anterior, la misma testigo manifestó que el canon pagado por el señor Lester por "subarriendo" a Zeuss es exactamente el mismo que Zeuss pasa a Inverdian, que en realidad ningún beneficio económico obtenía la demandante de este contrato más allá de tener otra estación de servicio vendiendo su gasolina. Es decir, que el beneficio era el contrato de suministro que celebró con el señor José Lester.

Este testimonio reafirma lo que a todas luces aparece de la sola vista de los mencionados contratos y es que los correspondientes a "subarriendo" son clones exactos de los de arrendamiento "inicial", si es que este término puede utilizarse cuando además tienen incluso las mismas fechas.

Estos datos, sumados a que no hay prueba de que Inverdian hubiese entregado

establecimiento de comercio alguno a Zeus Petroleum S.A., que ni siquiera los inmuebles objeto del arriendo, ni que esta hubiese realizado lo propio en cuanto a la entrega al señor José Lester, da lugar a colegir que no existió contrato de arrendamiento entre Inverdian y Zeuss, así como tampoco existió contrato de subarriendo entre esta y el demandado, pues la verdadera intención de los contratantes era: De Inverdian: que el señor José Lester tomara en arrendamiento la estación de servicios pero al mismo tiempo tener garantía de una empresa solvente, en este caso Zeuss; de Zeuss: ser garante de cumplimiento del contrato de arrendamiento, respaldando al señor José Lester, a cambio de obtener una estación de servicio más distribuyendo su gasolina, y, del demandado ser arrendatario de la estación de servicios.

En conclusión, no se desconoce que Zeuss Petroleum S.A. se vinculó contractualmente, sino que se devela que no participó realmente como arrendatario y/o subarrendadora en este entramado negocial, pues su posición en el contrato realmente fue de garantía, por su solvencia económica, recibiendo como contraprestación el contar con una estación de servicios de más que vende su producto.

En síntesis, probado quedó un hecho exceptivo, declarable de oficio conforme al artículo 282 del C.G. del P., a saber: que fue Inverdian S.A.S. quien le arrendó a José Lester de San Nicolás Restrepo Villegas la estación de servicios construida sobre los inmuebles de su propiedad, a que se refiere la demanda, y sin que la circunstancia de que aquella no sea parte en este proceso, constituya obstáculo para que pueda y deba declararse fundada esta excepción.

No obstante lo anterior, no sobra decir que habiendo ocupado el demandado más de dos años el inmueble con el establecimiento de comercio de su propiedad denominado Estación de Servicios Villa Grande Las Vegas, en su calidad de empresario de distribución minorista de combustibles, goza del derecho a la renovación conforme al artículo 518 del C.Co., que solo puede ser obviado, por la configuración de las causales allí descritas, sin que sea eficaz ningún pacto en contrario, conforme al artículo 524 del C. Co.

Tampoco sobra anotar que el propio representante legal de Zuess confesó que en realidad no se ha presentado mora en el pago del canon y que los bienes se encuentran asegurados.

En mérito de lo expuesto, la SALA CUARTA DE DECISIÓN CIVIL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **REVOCA** la sentencia del 10 de mayo de 2018 proferida por el Tercero Civil del Circuito de Envigado, y en su lugar

F A L L A:

PRIMERO: Se declara fundado el hecho exceptivo de no haber sido el demandante quien celebró contrato de arrendamiento con el demandado.

SEGUNDO: Se Niegan las pretensiones formuladas por Zeuss Petroleum S.A. en contra del señor José Lester de San Nicolás Restrepo Villegas.

TERCERO: Se condena en costas en ambas instancias a la parte demandante a favor de la parte demandada. Como agencias en derecho por la primera instancia se fija la suma de 6 smlmv; y por esta instancia suma equivalente a 4 smlmv, que serán tenidas en cuenta por el juzgado al realizar la liquidación concentrada que ordena el artículo 366 del C.G.P.

Notifíquese y cúmplase

PIEDAD CECILIA VÉLEZ GAVIRIA

Magistrada

JUAN CARLOS SOSA LONDOÑO

Magistrado

JULIÁN VALENCIA CASTAÑO

Magistrado

Salvamente de voto.