



## **HILDA GONZÁLEZ NEIRA**

Magistrada Ponente

**AC2382-2022**

**Radicación n° 11001-02-03-000-2022-01431-00**

Bogotá D.C., diez (10) de junio de dos mil veintidós (2022).

Se decide el recurso de queja interpuesto por la parte demandada contra la providencia de 16 de marzo de 2022, a través de la cual se negó la concesión del recurso extraordinario de casación, formulado contra la sentencia proferida el 28 de febrero de ese mismo año por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga.

### **I. ANTECEDENTES**

1. La Sociedad Mar 10 S.A.S. demandó a Distracom S.A. y a la Comercializadora Petrocol S.A.S., para que se declarara terminado el contrato de arrendamiento del local comercial celebrado con la última mencionada, por el incumplimiento de algunas de sus cláusulas y, como consecuencia de ello, se ordenara la restitución del bien.

1.1. Como respaldo de sus pedimentos indicó que el 18 de noviembre de 2014 se dio inicio a la relación comercial

mencionada, respecto del inmueble ubicado en la calle 6ª No. 21 C-70 “*Barrio El Piñal*” de la ciudad de Buenaventura, para que funcionara allí el establecimiento comercial EDS SERVICENTRO PASCUAL ANDAGOYA.

1.2. Señaló que en la cláusula tercera de la negociación se consignó que el uso para el predio sería la comercialización de combustibles líquidos derivados del petróleo, exclusivamente bajo la marca Zeuss; no obstante, se logró constatar que, en el año 2019, la arrendataria vendió marcas distintas a la pactada, dando lugar al incumplimiento.

1.3. Añadió que Petrocol la notificó de la venta del establecimiento de comercio y, por contera, pidió que su posición de arrendataria parcial le fuera cedida a Distracom S.A., a partir del 1º de febrero de 2019.

1.4. Informó que en mayo de 2019 notificó a Petrocol su decisión de no prorrogar el contrato por expiración del término y, consecuentemente, pidió la entrega del bien al vencimiento de aquel, es decir, el 18 de noviembre de 2019.

1.5. Explicó que, de conformidad con la cláusula quinta del contrato, en julio de 2019 solicitó a Districom S.A. las claves de acceso para consultar en la plataforma de Zeuss la facturación o los galones vendidos, para determinar si había lugar al cobro del canon variable por el nivel de ventas, a lo cual se negó el representante legal de aquella empresa, alegando que la información gozaba de reserva legal.

1.5. Acotó que *«la calidad de arrendataria fue cedida por Comercializadora Petrocol S.A.S., a favor de Distracom S.A. en octubre de 2018 y (...) que como se prueba con los soportes de pago de los cánones de arrendamiento de los meses de Octubre de 2018, Abril de 2019, Octubre de 2019, Noviembre de 2019, la sociedad Comercializadora Petrocol SAS seguía cumpliendo como arrendatario su obligación principal de pagar el canon de arrendamiento conforme lo establecido en el contrato cláusula quinta parágrafo séptimo, es por ello que la demanda se presenta contra Distracom S.A. y Comercializadora Petrocol S.A.S. como ARRENDATARIOS»*.

1.6. Finalmente, manifestó que el 15 de noviembre de 2019, el apoderado de Distracom radicó en su oficina, escrito mediante el cual comunicó que su cliente no entregaría el bien, ante la prórroga automática del contrato.

2. Las súplicas fueron despachadas favorablemente en la primera instancia, decisión que apelada, fue ratificada por el *ad quem* el 28 de febrero de 2022; inconformes los integrantes del extremo pasivo formularon recurso de casación.

3. La concesión del recurso extraordinario fue despachada de forma adversa a los recurrentes, al encontrar el *ad quem*, insatisfecho el interés jurídico para impugnar, pues, a más de que no aportaron un dictamen pericial que acreditara la suficiencia de tal requisito, los aspectos que resaltaron como constitutivos de la cuantía, en realidad no lo son, habida cuenta que: i) pretendieron tomar como perjuicio las presuntas pérdidas que les ocasionaría un negocio que no fue debatido (venta del establecimiento de

comercio que funcionaba en el bien cuya restitución fue ordenada); ii) no aportaron los elementos de juicio para determinar la prima comercial en que pretende fundar el cumplimiento del monto requerido; y, iii) no acreditaron lo atinente a la cláusula penal.

4. Inconformes con dicha decisión, las citadas al juicio la recurrieron por la vía horizontal y, en subsidio acudieron a la queja, efecto para el cual, arguyeron que el agravio económico generado con la sentencia está representado por las consecuencias que genera la pérdida de la tenencia del bien, lo que en el caso concreto se refleja en la imposibilidad de continuar ejerciendo la actividad mercantil en el mismo lugar, y en las implicaciones de la terminación del contrato de arrendamiento frente al de suministro celebrado con Zeuss Petroleum.

Agregaron que, si no fuera por la terminación anticipada del arrendamiento, se hubiera prolongado hasta noviembre de 2024, lo que implica que, la utilidad debe ser calculada hasta dicha data por ser la de finalización del mismo.

Destacaron que, aunque el fallador de segundo grado encontró que no fue acreditado el valor de la cláusula penal, lo cierto es que el “*margen mayorista*” del que allí se habla está regulado por el gobierno y es incrementado anualmente conforme a la variación del IPC, siendo entonces a la fecha de la sentencia la suma de \$663.423.965 la pagadera a Zeuss como penalidad.

5. En proveído de 20 de abril siguiente, el colegiado mantuvo incólume su postura y ordenó la remisión de la copia digitalizada de las actuaciones para surtir la queja.

## II. CONSIDERACIONES

1. El artículo 352 de la ley de enjuiciamiento civil establece que «*cuando el juez de primera instancia deniegue el recurso de apelación, el recurrente podrá interponer el de queja para que el superior lo conceda si fuere procedente. El mismo recurso procede cuando se deniegue el de casación*» (Se subraya).

El fin primordial de la queja, cuando no se concede el recurso de casación, es que el superior examine si la impugnación estuvo bien o mal denegada por el inferior, por ello, la competencia funcional de la Corte se circunscribe a precisar si el recurso extraordinario es procedente de conformidad con los lineamientos de los artículos 334 y 338 del ordenamiento adjetivo; si se propuso en la forma y términos establecidos en el artículo 337 *ejusdem*; y si la parte impugnante se encuentra legitimada para ello, según el mismo canon.

2. Dentro de los requisitos para conceder dicho medio de defensa extraordinario se encuentra «*el valor actual de la resolución desfavorable al recurrente*», tal como lo refiere el artículo 338 de la citada codificación, el cual se determina por el monto de los perjuicios que la sentencia ocasiona al impugnante, estimados al momento de su emisión, y «*con los*

*elementos de juicio que obren en el expediente», salvo que aquel aporte «un dictamen pericial» que permita establecerlo con mayor grado de certeza (art. 339 *ibidem*).*

Por lo tanto, dicho interés está supeditado a la tasación económica de la relación jurídica sustancial que se conceda o niegue en la sentencia, es decir, a la cuantía de la afectación o desventaja patrimonial sufrida por el recurrente con la resolución desfavorable a sus intereses, evaluación que debe efectuarse para el día del fallo, *«de cara al contexto del litigio planteado, a cuyo propósito debe considerarse la calidad de la parte, las pretensiones del libelo, la oposición de los convocados, las circunstancias que delimiten el litigio, así como las decisiones que lo definan, comoquiera que las aspiraciones económicas de los intervinientes varían de conformidad con las particularidades que le son propias a cada uno de ellos (CSJ AC, 28 sep., rad. 2012-00065-01; reiterado en CSJ AC1849-2014, 10 abr., rad. 2008-00347-01)» (CSJ AC2990-2019, 30 jul., rad. 2019-01652-00).*

3. En el asunto puesto a consideración de la Corte, fueron insistentes las llamadas a soportar las pretensiones de la acción, al intentar constituir el interés económico para acudir a la vía extraordinaria en aparentes perjuicios derivados del ejercicio del objeto social del establecimiento de comercio “EDS SERVICENTRO PASCUAL ANDAGOYA”, el cual funcionaba en el bien a restituir, creencia que excede los límites trazados por la demanda y su oposición, referentes única y exclusivamente a la entrega del inmueble arrendado por incumplimiento de la arrendataria.

Nótese que, en primer lugar, acuden las demandadas al valor acordado como precio de la “COMPRAVENTA DE

*ESTABLECIMIENTO DE COMERCIO Y PRIMA COMERCIAL CELEBRADO ENTRE COMERCIALIZADORA PETROCOL S.A.S. Y DISTRACOM S.A.”* (\$500.000.000) -folios 63 a 67, archivo 10, expediente digital-, por considerar que dicho monto representa un perjuicio para ellas, en la medida en que, en virtud de la convención que lo dispuso, Distracom adquirió la posición de arrendatario respecto del predio que motivó la radicación del libelo introductorio.

Empero, tal argumento no encuentra sustento lógico alguno porque, a más de que no evidenció la forma en que se materializaría el perjuicio para las sociedades requeridas (v. gr. que el contrato se hubiese resuelto por la terminación del de arrendamiento), la decisión criticada solo afectó la tenencia del bien raíz identificado con matrícula inmobiliaria No. 372-14974 dado en renta, al serle retornada a su propietario, que no, la titularidad sobre la razón y objeto social allí transferidos, ni el ejercicio de ésta, porque, como bien lo explicó la Corporación censurada, no tiene limitante para ser desarrollada en otro predio.

Otro de los aspectos sugeridos por los opugnantes como soporte de la exigencia echada de menos por el Tribunal, corresponde al pago que hizo Petrocol a Zeuss Petroleum de la suma de \$340.000.000 (amortizada anualmente durante la vigencia negociada) pactada por concepto de prima comercial anticipada en la cesión del contrato de suministro hecha a favor de Distracom S.A., ya que, según afirmaron, se estipuló que ante la presencia de algún motivo de terminación anticipada o incumplimiento de ese negocio, la

primera sociedad mencionaba asumiría la responsabilidad de ese pago.

Tal estipulación fue ajena al arrendamiento que se declaró terminado y a la orden de restitución del inmueble, correspondió al libre actuar contractual de quienes llegaron a ella, su contenido y ejecución no involucran desde ninguna perspectiva el local que dio lugar a la demanda restitutoria, pues están directamente conectados con el abastecimiento de ciertas cantidades de combustible, carga que se entiende materializada *«una vez efectuado el despacho del combustible en el vehículo dentro de las instalaciones del DISTRIBUIDOR MAYORISTA»*, valga decir, de la sociedad Zeuss.

Lo anterior permite afirmar, sin vacilación, que el hecho de no contar con la tenencia del local de la demandante, no implicaba el incumplimiento ni la terminación anticipada de la relación comercial descrita, pues la entrega y recepción del producto se hacía efectiva en la sede del *«distribuidor mayorista»*.

Y es que de la lectura del clausulado no se advirtió algún condicionamiento sobre la entrega del inflamable en el inmueble con matrícula inmobiliaria 372-14974, pues el aparte resaltado por las llamadas a juicio en la interposición del recurso horizontal (archivo 39), no contiene la imposición de hacer el suministro en dicho lugar, tan solo describe el domicilio, para ese momento, del establecimiento *“EDS SERVICENTROPASCUAL ANDAGOYA”*.



Aún de haber tenido presencia tal hipótesis, en todo caso, no podría ligar el perjuicio que originaría a los integrantes de la pasiva con la consecuencia de la providencia que se quiere cuestionar por vía de casación, pues correspondería a una expectativa generada únicamente por aquellos sobre un bien cuya disposición no era plena, motivo suficiente para desestimar tal ítem como integrante del *quantum* exigido.

La misma suerte corre el valor no demostrado que pudiera resultar de la cláusula penal dispuesta en la misma convención, máxime que, como lo advirtió el sentenciador de segunda instancia, el legajo que la soporta no obraba en el infolio, sino que fue aportado con la interposición de la impugnación extraordinaria.

Finalmente, en cuanto al menoscabo que aducen los disconformes sufrir por cuanto la *«expectativa del negocio estaba dada en función de la posibilidad de explotar el establecimiento de comercio durante, mínimo, ese período, y obtener de esta manera una utilidad que librara la inversión efectuada por mi representada, utilidad que se puede fijar en un monto aproximado de MIL MILLONES DE PESOS M.L. (\$1.000'000.000), a razón de DOSCIENTOS MILLONES DE PESOS M.L. (\$200.000.000) por año que falta para el cumplimiento del plazo contractual»*, basta indicar que, solo pudiera predicarse si existiera certeza de la inexistencia de un predio apto o disponible para el ejercicio de su actividad comercial, o de la necesidad de que fuera ese y no otro el único autorizado para el cumplimiento de su finalidad mercantil.

No obstante, esa circunstancia carece de prueba en el

plenario, pues la obligación a que alude el numeral 5° del artículo 4° de la Resolución No. 31348 de julio 24 de 2015, proferida por el Ministerio de Minas y Energía, es la de «*entregar prueba de la existencia de un contrato o relación comercial entre el distribuidor minorista y un distribuidor mayorista*» como la existente entre Zeuss y la pasiva, y no, como busca hacerlo ver, prueba del contrato de arrendamiento vigente respecto de determinado bien.

Y es que, si en gracia de discusión se aceptara que los conceptos referidos por las impugnantes pudieran edificar el requisito económico necesario para acceder al cuestionamiento que presupone el recurso de casación, debían entonces realizar la actividad probatoria habilitada para su acreditación, dicho en otras palabras, pudieron y no lo hicieron, acudir a un dictamen pericial, mecanismo que la norma faculta para el establecimiento del interés necesario para el efecto pretendido, concretamente, para demostrar la forma en que la pérdida del local les afectaba; el momento en que se constituyó la hipoteca (como lo indica el anexo de condiciones comerciales del contrato de suministro) en aras de calcular el valor de la prima comercial; las razones por las cuales debía, como sugieren, considerarse la utilidad neta reportada por el establecimiento de comercio a futuro.

En este punto comporta recordar que el actual ordenamiento adjetivo es imperativo al señalar que para la concesión del recurso de casación, en los eventos en que sea necesario establecer el interés para recurrir, el juzgador definirá este a partir de los elementos de juicio obrantes en

el expediente, sin perjuicio de que el impugnante allegue para esos propósitos un dictamen pericial que deberá adjuntarse dentro del plazo consagrado para impetrar la censura, so pena de tenerla por extemporánea y desechar su valoración.

Esto es así, porque, a diferencia de lo que ocurría bajo la égida del antiguo estatuto de enjuiciamiento civil, «(...) la ley procesal de ahora traslada la carga directamente al interesado, en cuanto ya no es el juez quien ha de ordenar la práctica de una prueba pericial para encontrar la dimensión del interés, en caso de no aparecer establecida en la actuación, si no que le corresponde al opugnador acercarla, si a bien lo tiene; desde luego, si se sustrae de hacerlo, por el juez la “cuantía deberá establecerse con los elementos de juicio que obren en el expediente” (art. 339), con las consiguientes consecuencias (...)» (subraya para destacar) (CSJ AC1971-2017, 27 mar., rad. 2016-03154-00).

Tal postura fue reiterada al señalar que, de acuerdo con la nueva regulación procesal, existen «(...) dos maneras para determinar el justiprecio del interés para recurrir, o bien se establece con los elementos de juicio que obren en el expediente; o bien, el recurrente tiene la facultad de aportar un dictamen pericial al momento de interponer el recurso. No de otra manera pueden entenderse los vocablos «podrá» y «si lo considera necesario» que tiene la norma transcrita. Por lo que la carga ya no recae en el Tribunal quien, en principio, no estaría convocado a decretar una prueba de tal linaje para esos fines.

Ahora, la oportunidad para aportar el dictamen pericial, que además debe cumplir con las formalidades prescritas en el artículo 226 del Código General del Proceso, es al momento de interponer el recurso de casación, y no al momento de atacar la decisión que no lo tuvo por acreditado, como ocurrió en este caso (...)» (CSJ AC2935-2018, 11 jul., rad. 2017-02094-00).

Esta Corporación ha considerado que la reforma que introdujo el nuevo ordenamiento ritual, constituye un mecanismo de ayuda a la garantía de la celeridad en los procesos, por cuanto

*(...) para justipreciar el valor monetario actualizado de ese “interés”, el nuevo estatuto procesal trae como un mandato (**deberá**) para el magistrado ponente del Tribunal, la tarea de deducirlo de “los elementos de juicio que obren en el expediente”, es decir, que se propugna hoy en día por dejar atrás la práctica corriente en la codificación anterior, de decretar un dictamen pericial para justipreciar el interés, cuando él no afloraba preciso y vigente en el plenario, actividad que conllevaba un considerable tiempo y un significativo costo para el interesado, y que en el marco del derecho fundamental a un debido proceso de duración razonable, faro indiscutible de la Ley 1564 de 2012, ya no es en principio procedente, sin perjuicio, claro está, de la facultad (**podrá**) que se confiere al impugnante de “aportar un dictamen si lo considera necesario”, toda vez que casos habrá, cual lo viene constatando la Corte, “en los cuales ningún medio al respecto aparece en el proceso; o existiendo, no se correlaciona con el interés económico investigado; o siéndolo, se encuentra desactualizado y no es factible llevarlo a la fecha de la providencia atacada”<sup>1</sup>. (...) (CSJ AC2319-2020, 21 sep., rad. 2020-02305-00).*

Bajo ese entendido, fue acertado el *ad-quem* al denegar el remedio extraordinario, pues, en estrictez, fue con sustento en los medios de prueba obrantes dentro del plenario, que se desestimó el detrimento patrimonial que los demandados alegaron haber sufrido con la sentencia, el cual, se insiste, se apoyó en circunstancias aisladas y ajenas a la naturaleza del juicio adelantado, que impidieron el paso al anotado medio de defensa.

---

<sup>1</sup> CSJ AC, 7 sep. 2016, Rad. 2016-02288-00, citado en AC6454-2017.

Lo expuesto resulta acorde con el criterio de la Sala que, en un caso de similares contornos, expresó:

*(...) el agravio que el fallo cuestionado irradia a la quejosa debe ser proporcional a la dimensión específica de la prerrogativa que afecta, es decir como en el sub lite se dispuso restituir la tenencia del inmueble donde funciona la Asociación de Copropietarios del Barrio La Carolina Uno, el menoscabo debió tasarse con vista en tal derecho (tenencia), y no equiparado al de propiedad puesto que uno y otro difieren de contenido jurídico y económico. (...) Así las cosas, como la relación jurídica sustancial materia del litigio se circunscribió a recobrar la tenencia otorgada a cualquier título distinto de arrendamiento a la accionada, el perjuicio que el fallo criticado le irradiaba se acotaba a la privación del disfrute de tal prerrogativa y, en tal virtud, ese era el aspecto que debía considerarse para calcular el interés mínimo exigido para recurrir en casación la sentencia de última instancia, no obstante lo cual la interesada omitió tasarlo (CSJ AC2990-2019, 30 jul., rad. 2019-01652-00).*

De lo discurre, dimanando el acierto de la negativa del Tribunal, que efectuó un verdadero examen de las razones traídas por las recurrentes para intentar evidenciar el cumplimiento de la condición impuesta por el artículo 338 del nuevo ordenamiento procesal general y las desestimó al juzgarlas insuficientes para el fin perseguido, decisión que será respaldada, sin lugar a imponer condena en costas, por no evidenciarse su causación (arts. 365 núm. 8 y 361 inc. 2 *ibidem*).

### **III. DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil,

**RESUELVE:**

**PRIMERO: DECLARAR** bien denegado el recurso de casación que interpuso la parte demandada contra la sentencia proferida el 28 de febrero de 2022 por la Sala Civil – Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga.

**SEGUNDO: DEVOLVER** la presente actuación al despacho de origen para que forme parte del expediente respectivo.

**Notifíquese,**

**HILDA GONZÁLEZ NEIRA**

Magistrada

## **Firmado electrónicamente por Magistrado(a)(s):**

Hilda Gonzalez Neira

**Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en artículo 103 del Código General del Proceso y el artículo 7 de la ley 527 de 1999**

**Código de verificación: 273F8C61E6D0EF47162D74E58AA99FBB3D0449BC052A0E241C99DD10DAD6D085**

**Documento generado en 2022-06-10**