RAMIRO OLIVELLA GUARIN
ABOGADO
Calle 49 Nº 6 – 15 Of.308 – Tel: 6214909 – e-mail: olivellaguarin@hotmail.com
BARRANCABERMEJA

Señores
HONORABLE TRIBUNAL SUPERIOR
DISTRITO JUDICIAL DE BUCARAMANGA
Atte. Dr. JOSE MAURICIO MARIN MORA
Magistrado ponente
La Ciudad

REF. **PROCESO ORDINARIO REIVINDICATORIO DE EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO BARRANCABERMEJA CONTRA LEYLA RUTH SANCHEZ DELGADO.**

RAD. **31-03-001-2014-00467-01**
INTERNO: 362/2021

RAMIRO OLIVELLA GUARIN, igualmente mayor de edad, vecino de la ciudad de Barrancabermeja, identificado con la cédula de ciudadanía número 13.892.321 expedida en Barrancabermeja, abogado en ejercicio con Tarjeta profesional número 86.879 del consejo Superior de la Judicatura, apoderado de la señora **LEYLA SANCHEZ,** demandada en el proceso mencionado en la referencia**,** por medio del presente escrito procedo a **SUSTENTAR** el **RECURSO DE APELACION** formulado contra la sentencia proferida por el Juzgado primero Civil del Circuito de Barrancabermeja el día 15 de junio de 2021, a lo que procedo en los siguientes términos:

SENTENCIA RECURRIDA

Se fórmula el recurso de apelación frente a los numerales segundo y noveno de la sentencia proferida el 15 de junio de 2021, en los que el fallo resolvió:

SEGUNDO: No prosperan las pretensiones subsidiarias de lucro cesante y Good Will

NOVENO: No reconocer lucro cesante y Good Will.

Se presentaron como pruebas dentro de la contestación de la demanda, copia de la escritura No. 3271 corrida el 06 de diciembre de 2013 en la Notaria segunda de Barrancabermeja, contentiva de las declaraciones extra juicio rendidas por las señoras MARÍA TERESA DELGADO y MARÍA CRISTINA HURTADO, las que dan cuenta que la señora LEYLA RUTH SANCHEZ DELGADO ejerce la posesión quieta y pacífica, con ánimo de señora y dueña, desde el año 2002, de la porción de predio objeto de la presente litis, en donde funciona un quiosco denominado Fritos Ruth, de donde obtiene el sustento diario para ella y su hijo que padece discapacidad;

De igual manera se acercó el certificado expedido por la cámara de comercio de Barrancabermeja, en el que se da cuenta que la señora LEYLA

RUTH SANCHEZ DELGADO tiene matriculado el establecimiento de comercio denominado Fritos Ruth, desde el año 2003, en la parte del predio objeto del presente proceso.

Los hechos contenidos en las pruebas antes referenciadas fueron confirmados con las declaraciones que rindieron en desarrollo del proceso por las señoras MARIA TERESA DELGADO y CARIDAD ALVARADO, y el interrogatorio rendido por la parte demandada; las cuales fueron valorados y tenidas como hechos demostrados en el fallo recurrido.

Por lo anterior se tiene como un hecho cierto que la señora LEYLA RUTH SANCHEZ DELGADO ha ejercido la posesión quieta y pacífica, de buena fe, de la porción de predio objeto de la litis, desde el año 2002 y que en dicha porción de predio funciona un establecimiento de comercio denominado Fritos Ruth del que la señora SANCHEZ DELGADO obtiene su sustento y el de su hijo con discapacidad.

De igual manera se tiene como cierto el hecho de que ejerció la posesión quieta y pacífica de la parte del predio objeto del presente proceso, en el periodo comprendido entre el año 2002 y 2009, fecha en que el predio era de propiedad de particulares.

Como consecuencia de la decisión de declararse no probada la excepción de prescripción y en consecuencia ordenar la reivindicación del bien a la parte demandante, es claro y evidente que la posesión se perderá y que el establecimiento de comercio desaparecerá, razones por las cuales considero que se debía reconocer el lucro cesante solicitado tanto en la demanda principal como en el escrito de excepciones.

El lucro cesante, respecto de los establecimiento de Comercio, ha sido ampliamente reconocido por el Consejo de Estado, por ejemplo, en el fallo proferido dentro del radicado 19001333100420130022401, siendo Magistrado Ponente el Dr. DAVID FERNANDO RAMIREZ FAJARDO, se expresó:

Acción o medio de control. REPARACIÓN DIRECTA
Radicado. 19001333100420130022401
Demandante. Álvaro Nelson Quitumbo Quitumbo y otros
Demandado. La Nación- Mindefensa- Policía Nacional
Fecha de la sentencia. Enero 28 de 2016.
Magistrado ponente. DAVID FERNANDO RAMÍREZ FAJARDO
Descriptor. Afectación a establecimientos de comercio por atentado a un puesto de Policía.
Restrictor 1. Perjuicios morales ordenados por el A quo deben incrementarse por la zozobra ocasionada por el atentado del grupo ilegal.
Restrictor 2. Para evitar la depreciación del lucro cesante procede la indexación de la suma definida por peritazgo y ordenada por el juez.
Resumen del caso. Se demanda a LA NACIÓN- MINISTERIO DE DEFENSA-

POLICIA NACIONAL para que se le declare administrativa y patrimonialmente responsable de la destrucción de sus establecimientos de comercio en hechos ocurridos el 09 de julio de 2011, cuando integrantes de un grupo subversivo atacaron la Estación de Policía del municipio de Toribío, Cauca.

Como consecuencia de la declaratoria de responsabilidad administrativa, solicitan reconocimiento indemnizatorio por concepto de perjuicios morales y perjuicios materiales (daño emergente y lucro cesante).

No se debe perder de vista que además de la posesión quieta y pacífica de buena fe, que ejerce la demandada sobre la porción del predio, el Municipio de Barrancabermeja le otorgo los avales necesarios para que funcionara el establecimiento de comercio Fritos Ruth, el cual está debidamente registrado en la Cámara de Comercio, y que ahora como consecuencia de la reivindicación se le están ocasionando perjuicios, entre ellos por lucro cesante, ya que de este establecimiento obtiene su sustento y el de su hijo con discapacidad, y que no podrán obtener más debido al fallo reivindicatorio; pero este monto no se pudo probar porque nos e decreto ni practico la prueba tendiente a ello, sin culpa de la parte demandada.

La Corte Constitucional ha señalado que el deber de protección de los bienes de uso público a cargo de las autoridades, no las autoriza para desconocer el principio de confianza legítima sustentado en la buena fe de los ciudadanos, quienes, a falta de espacios apropiados para el desempeño de un trabajo o la necesidad de una vivienda digna, se ven obligados a ocupar de hecho tales áreas. Además, también ha indicado que los derechos de estas personas no pueden desconocerse aun cuando la administración tenga la obligación legal de proceder a recuperar esos espacios, sino que deben procurar ofrecer alternativas de solución que garanticen sus derechos constitucionales fundamentales.

Aunque la Corte reconoce la obligación de las autoridades de proteger los bienes de uso público, ha señalado que tal deber no es óbice para desconocer el principio de confianza legítima y los derechos fundamentales de los particulares que los ocupan. Por ello, esta Corporación ha ordenado que antes de adelantar medidas para la recuperación de tales áreas, se ofrezcan alternativas de reubicación o inclusión en programas sociales para proteger los derechos de los ocupantes. La obligación que tiene la administración de recuperar los bienes que le pertenecen no puede sustraerse únicamente a una categoría específica de ellos, ya que como se expuso, tanto los de uso público como los fiscales, están destinados a la “utilidad pública”; es decir, ambos comparten esta especial connotación, pues forman parte del mismo patrimonio, lo que permite concluir que las reglas jurisprudenciales aplicables a la protección del espacio público son igualmente asimilables cuando se trata de bienes fiscales, en tanto ambos radican en cabeza del Estado y tienen objetivos idénticos, en función del servicio público. En consecuencia, por compartir características en cuanto a su naturaleza, la administración estatal, a cualquier nivel de organización administrativa, antes de cumplir con su deber legal de protegerlos y evitar su ocupación irregular, está obligada a proporcionar medidas que garanticen los derechos fundamentales y la protección del principio de

confianza legítima de quienes se vean afectados por las acciones de recuperación

(Referencia: expedientes T-3.296.229, T-3.302.260 y T-3.312.262 Acción de Tutela instaurada por María Carlota Arenas Giraldo, Jhon Alexander Sarmiento y Soledad Pino Pérez en contra de la Caja de Vivienda Popular. Magistrado Ponente: JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB Bogotá D.C., treinta (30) de abril de dos mil doce (2012))

Por lo anteriormente expuesto es que no comparto la apreciación del Juzgador de Primera instancia, que únicamente se refirió al lucro cesante en los términos regulados en el código civil en su artículo 1614, para negar su reconocimiento aduciendo que no se probó ninguna obligación entre las partes; y que el lucro cesante corresponde a los perjuicios materiales por responsabilidad civil extracontractual o contractual y que este no era el caso; y porque el artículo 522 del Código de Comercio hace relación al lucro cesante a favor de arrendatarios y que la demandada no tiene tal calidad en este caso, sino que es poseedora, razones por las que no habría lugar a reconocer el lucro cesante solicitado.[1]

También se solicito el reconocimiento del Good Will del establecimiento de comercio denominado Fritos Ruth, en atención a que funciona en la parte del predio objeto de la litis, y se encuentra debidamente registrado en la cámara de Comercio de Barrancabermeja, al que se le concedió permiso de funcionamiento por reunir con las exigencias legales para ello, como se encuentra demostrado con el acta de visita efectuado por la secretaria de salud de Barrancabermeja, aportado con la contestación de la demanda.

El Good Will, o prima de comercio, está reconocido como una costumbre mercantil, no hay una norma taxativa que se refiera a este fenómeno jurídico; la (Superintendencia de Industria y Comercio, en concepto No. 01077559 del 9 de octubre de 2001, expreso:

> *Según el tratadista Abelardo Torre la costumbre como fuente del derecho es el conjunto de normas jurídicas derivadas de la repetición más o menos constante de actos uniformes. Al decir de Bonnecase, la costumbre es una regla de derecho que resulta de la unión de dos elementos: uno de orden material, que consiste en la práctica por medio de la cual se resuelve, en una época dada y al margen de la ley una dificultad jurídica determinada; el otro, de orden psicológico, constituido por la convicción en los que 11 recurren a ella, o los que la sufren, de su fuerza obligatoria. En suma la costumbre es una regla de derecho que se constituye progresivamente bajo la influencia subconsciente de la noción de derecho y de las aspiraciones sociales, o en otras palabras, de las fuentes jurídicas reales.*

Por su parte el artículo 13 de la Ley 153 de 1887 crea la posibilidad de la aplicación de la costumbre como fuente de derecho, en la ausencia de ley positiva:

[1] Tercera parte de la audiencia de fallo minuto 22:17 a 24:40

"La costumbre, siendo general y conforme con la moral cristiana, constituye derecho, a falta de legislación positiva"

Por su parte los artículos 3 y 5 del Código Civil, ubican la costumbre dentro del ordenamiento jurídico, y le otorgan un lugar privilegiado en el derecho mercantil,

El artículo tercero reza:

"La costumbre mercantil tendrá la misma autoridad que la ley comercial, siempre que no la contrarié manifiesta o tácitamente y que los hechos constitutivos de la misma sean públicos, uniformes y reiterados en el lugar donde hayan de cumplirse las prestaciones o surgido las relaciones que deban regularse por ella."

El artículo quinto establece que:

"Las costumbres mercantiles servirán, además, para determinar el sentido de las palabras o frases técnicas de comercio y para interpretar los actos y convenios mercantiles"

Con respecto al Good Will, o prima comercial, la Cámara de Comercio de Villavicencio, ofrece una definición más o menos clara, según esta entidad la prima comercial es la práctica corriente; cuando se realiza la enajenación de un establecimiento o local de comercio, en virtud de la cual el adquiriente debe pagar una suma de dinero a título de prima comercial al enajenante "consistente en un valor especial independiente del valor de los bienes que conforman el mismo" (Cámara de Comercio de Villavicencio, 2008).

Vemos que este Good Will, o prima comercial, es aplicable a cualquier tipo de establecimiento o local de comercio, indistintamente de su objeto social, pero que están ligadas a consideraciones de prestigio, de reconocimiento o acreditación del negocio, por las ventajas que pudiera ofrecer su ubicación o el hecho de haber estado en determinado lugar por un largo tiempo, es decir, por ciertos privilegios o ventajas asociadas al objeto comercial.

Es evidente que en el presente asunto se debe reconocer ese Good Will, o prima comercial, a la demandante, en razón a que está acreditado que allí tenia funcionando un establecimiento de comercio; desde el año 2004, fecha en que lo registro en la cámara de comercio de Barrancabermeja, previo cumplimiento de los requisitos exigidos por el Municipio de Barrancabermeja para su funcionamiento, y que para efectos de tasar el precio de este bien inmaterial se debía contar con un dictamen pericial para que lo valorara teniendo en cuenta su acreditación, prestigio, ventajas por ubicación, tiempo de funcionamiento, actividad comercial, etc.; teniendo en cuenta que la demandada, a pesar de que es poseedora de buena fe, desde antes de

que el bien fuera de uso público, debe reintegrar la porción del predio ocupado, y ese Good Will, o prima comercial, es parte del establecimiento de comercio, que va a desaparecer o padecer deterioro económico por su traslado a otro lugar menos competitivo.

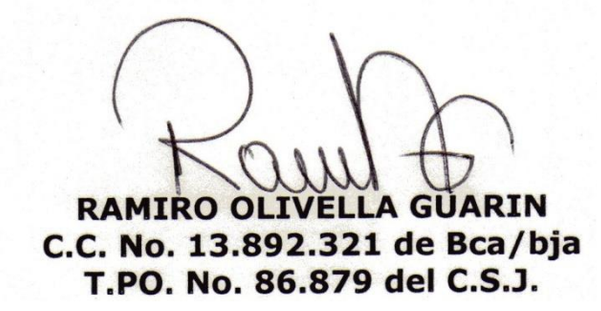
Por lo expuesto es que no comparto la apreciación del juez de primera instancia, en el sentido de que no se reconoce el Good Will, porque según el concepto de la superintendencia de industria y comercio, los elementos del Good Will, destacan la existencia de bienes inmateriales, procesos técnicos, clase mercancía, buenas relaciones con los trabajadores etc., y que la parte demandada acerco un certificado de la cámara de comercio de Barrancabermeja, en la que se certifica que Fritos Ruth, tiene como actividad principal es expendido de comidas preparadas y paqueterías, [i2]

Por lo anterior, comedidamente le solicito al Honorable Magistrado.

PRIMERO: Se sirva revocar los numerales segundo y noveno de la sentencia recurrida.

SEGUNDO: Que como consecuencia de la anterior declaración se sirva reconocer, por parte de la entidad demandante, el pago a la señora LEYLA RUTH SANCHEZ DELGADO del lucro cesante y Good Will, que se generan como consecuencia de la reivindicación de la porción del predio objeto del presente proceso, y la consecuente desaparición del establecimiento de comercio Fritos Ruth, teniendo en cuenta que ejerció la posesión quieta y pacífica y exploto económicamente la porción del predio desde antes de que fuera un bien fiscal.

Atentamente,



[2] Tercera parte de la audiencia de fallo minuto 24:45 a 33:59

i