

EXPROPIACION INDIRECTA.

Elementos que la configuran. No comprende los muebles ni los perjuicios morales. La devaluación monetaria constituye un renglón del daño emergente. Qué son la prima de cesión y el "good will".

Decídese el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de doce de marzo de este año, proferida por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Medellín dentro de este Proceso Ordinario de Mayor Cuantía promovido por EDUARDO GONZALEZ RAMIREZ frente a las EMPRESAS PUBLICAS DE MEDELLIN.

Estando tramitada la instancia resulta oportuno decidir acerca del mérito del recurso y a ello procede el Tribunal con fundamento en los antecedentes y consideraciones que consignará enseguida.

ANTECEDENTES

I.— Mediante libelo que en repartimiento correspondió al Juzgado Segundo del Circuito, EDUARDO GONZALEZ RAMIREZ solicitó que en sentencia se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

1.) Que el ente autónomo EMPRESAS PUBLICAS DE MEDELLIN es civilmente responsable de los perjuicios que le fueron ocasionados con motivo de la ocupación permanente de los bienes muebles e inmuebles de su propiedad, en razón de los trabajos públicos del embalse de "El Peñol", bienes que en el mismo libelo determina;

2.) Que como consecuencia de tal declaración, se condene a la demandada a pagarle el valor del "daño emergente y el lucro cesante, aparte de la indemnización basada en 'la justicia y equidad' a que hace referencia el

contrato maestro" suscrito entre las Empresas Públicas de Medellín y el Municipio de El Peñol el 12 de abril de 1969, perjuicios ya estimados pericialmente en la suma de \$ 2.974.060.00 salvo "el lucro cesante de la fecha de la inspección judicial (julio 4 de 1978) hasta que se verifique el pago";

3.) Que se condene también a la demandada a pagarle "los perjuicios subjetivos —MORALES— en la cantidad que fije el fallador de acuerdo con las nuevas orientaciones de la Corte Suprema de Justicia".

II.— Como constitutivos de la causa **petendi**, el demandante expuso los hechos que el fallador de primer grado sintetizó así:

a) Desde hace más de 20 años el demandante es propietario de dos inmuebles ubicados en el Municipio de El Peñol, sobre los cuales "ha ejercido su señorío mediante una permanente, continua y adecuada explotación económica";

b) En uno de tales predios el accionante tuvo un local en el cual funcionaba un establecimiento de comercio de su propiedad denominado "El Esquinazo", y en el otro tuvo su propia casa de habitación;

c) En el año de 1969 la persona jurídica demandada celebró con el Municipio de El Peñol un contrato maestro en el cual se determinaron los procedimientos básicos para la adquisición de los inmuebles ubicados en el área afectada con el embalse de "El Peñol", así como para la tasación y pago de las

indemnizaciones a que hubiere lugar en favor del municipio y de sus habitantes;

d) En los primeros días del mes de mayo de 1978 las autoridades de El Peñol, por orden del ente público accionado, sellaron el mencionado establecimiento de comercio sin dar tiempo al actor para retirar "el surtido, muebles y enseres" que lo integran;

e) A mediados del mismo año la entidad demandada suspendió los servicios públicos de energía eléctrica, acueducto y alcantarillado en el Municipio de El Peñol, con el fin de "obligar a los habitantes del sector urbano a desocupar" sus propiedades;

f) Más adelante el citado establecimiento autónomo, por las vías de hecho y sin previa indemnización, ocupó permanentemente los bienes de propiedad del demandante al quedar éstos anegados con las aguas del embalse de "El Peñol", el cual hace parte de los trabajos públicos de la Central Hidroeléctrica de Guadalupe;

g) El 4 de julio de 1978 se llevó a cabo una diligencia de inspección judicial extraproceso a los bienes materia de esta acción, con intervención de peritos y asistencia del mandatario judicial de la entidad demandada, en el curso de la cual se establecieron los perjuicios sufridos por el señor González a consecuencia de la referida expropiación indirecta;

h) Los señores auxiliares de la justicia avaluaron todos los perjuicios en la suma de \$ 2.840.600.00 quedando por justipreciar sólo lo relacionado con el lucro cesante producido con poste-

rioridad a la referida diligencia, y ninguno de los interesados objetó ese dictamen.

Como fundamentos de derecho invocó las normas de los artículos 30 y concordantes de la Constitución Nacional; 669 a 822, 764, 768, 780, 782, 786, 981, 1602 a 1608, 2341 a 2360, 2513, 2518, 2522, 2531, 2532 a 2534 del Código Civil; 396 a 408 y concordantes del Código de Procedimiento Civil.

III.— Aceptado el libelo y comunicada su admisión a la entidad demandada, ésta le dio respuesta oponiéndose a las pretensiones del actor y alegando con el carácter de perentoria la excepción que denominó inexistencia de la obligación respecto de algunos conceptos reclamados.

En cuanto a los hechos explicó la demandada que insistentemente trató de lograr un acuerdo con el demandante GONZALEZ RAMIREZ respecto del valor de sus propiedades situadas en la antigua cabecera de EL PEÑOL, pero fue imposible ante lo exorbitante de sus pretensiones. Por tal circunstancia presentó ante el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Marinilla demanda de expropiación a la cual acompañó copias de las escrituras de adquisición, mas no los certificados de registro, razón por la cual solicitó y obtuvo que el Juzgado requiriera al dueño de los inmuebles para que presentara dichos certificados o indicara la oficina en la cual podía conseguirse, pero todo fue inútil, pues el señor "LUIS EDUARDO GONZALEZ se negó a hacerlo desacatando las exigencias del Juzgado y frustrando de paso, con evidente burla a la ley, que el proceso expropiatorio se iniciara en debida forma y con él, el

necesario y justo pago de sus propiedades, requeridas por conocidas obras de interés público. . .”.

Con relación a los muebles y enseres relacionados y tasados en la demanda, advirtió la misma demandada que “en el momento de la inundación fue necesario que empleados de la entidad demandada retiraran oportunamente varios de ellos, puesto que el interesado no lo hizo, con intención clara de cobrar posteriormente sumas muy superiores por ellos. Configurándose entonces un depósito necesario y es el momento de solicitar a Ud., comedidamente, que se sirva requerir al actor para que los reciba”.

IV.— Agotada la tramitación prevista para la primera instancia, el Juez del conocimiento le puso término con sentencia en la cual declaró que el Establecimiento Público Autónomo “EMPRESAS PUBLICAS DE MEDELLIN” es civilmente responsable del daño ocasionado al demandante EDUARDO GONZALEZ RAMIREZ al privarlo del uso y goce de los dos inmuebles cuyos números de matrícula inmobiliaria son 018—0000709 y 018—0000463, y lo condenó a pagarle al demandante GONZALEZ RAMIREZ la suma de \$ 1.660.000.00 por concepto de daño emergente y también por concepto de lucro cesante, los frutos civiles producidos por los referidos inmuebles desde el 1o. de julio de 1978 hasta cuando efectúe el pago, según liquidación que se efectuará conforme al procedimiento indicado por el artículo 308 del Código de Procedimiento Civil. Al mismo tiempo dispuso que, una vez hecho el pago, el demandado transferirá a las Empresas Públicas el derecho real del dominio sobre los inmuebles.

En subsidio, ella se efectuará por el Juzgado. Al mismo tiempo negó las

demás pretensiones del libelo, así como la excepción alegada por la entidad demandada. Finalmente le impuso las costas del proceso en forma proporcional a las pretensiones reconocidas.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

1.- Un examen de las distintas piezas que conforman el proceso, así como de la actuación cumplida permite concluir que se dan todas las condiciones de validez formal y que, además, las partes se hallan debidamente legitimadas y les asiste interés en las diferencias surgidas con motivo de la ocupación permanente de la propiedad privada con obras públicas sean dirimidas. Por ello, pues, la sentencia de segunda instancia será de fondo al igual que lo fue la de primera, tanto más cuando tampoco se observan irregularidades que afecten la tramitación.

2.- Con arreglo a los fundamentos de hecho y de derecho consignados en el libelo que dio origen a este proceso, el actor ha hecho valer la acción derivada de una de las formas de expropiación conocida como **expropiación irregular o indirecta**, la cual tiene lugar, según reiterada doctrina de la Corte, cuando se lleva a cabo por órganos de la administración mediante la ejecución de simples vías de hecho contra los ciudadanos, sin que se hayan invocado ante Juez competente motivos de utilidad pública o de interés social definidos por el legislador, ni exista sentencia judicial que la decrete, ni se haya satisfecho la indemnización que aquella implica. (Cas. junio 28 de 1961, G. J. Tomo XCVI, 295).

Al indagar por los fundamentos de esta acción indemnizatoria se verá cómo a pesar de que conforme a los prin-

cipios del derecho constitucional la propiedad tiene una función social y que el interés privado debe ceder al interés público, tal postulado no faculta a las autoridades para tomar a su arbitrio los inmuebles de propiedad particular, sino agotando los procedimientos que la misma Constitución y las leyes establecen. De allí que dentro del estado de derecho no se concibe que las autoridades puedan desconocer los derechos de los particulares; tal proceder sería contrario a su esencia misma. El principio de legalidad, característico del Estado moderno, al tiempo que impone a éste la sujeción al ordenamiento jurídico lo constituye en supremo garante de los derechos de los asociados. "Por consiguiente, como lo ha enfatizado la H. Corte, cuando las mismas autoridades, subestimando los principios constitucionales y legales, ocupan un inmueble de propiedad privada con una obra pública, le corresponde al mismo Estado restablecer el derecho indemnizado al particular agraviado" (Cas. Nov. 6 de 1978, Derecho Colombiano, Tomo XXXVIII, págs. 515 a 533).

"Cuando el Estado incorpora al servicio público un bien raíz que pertenece al particular omitiendo el acuerdo directo con éste sobre la transferencia o dejando de lado el proceso de expropiación y, por las vías de hecho se apodera del inmueble no teniendo esta conducta un soporte legal sino por el contrario un desconocimiento de la ley, el particular agraviado, en procura de que se le tutele en su derecho, precisa la doctrina de la Corte, tiene la facultad de solicitar del Estado, cuando no es posible recuperar la cosa misma, que se le indemnice el daño causado, el cual se traduce en el valor del terreno ocupado, a manera de sub-

rogado real, más el lucro cesante, si lo hubiere (artículos 261 a 268 de la Ley 167 de 1941)".

Ahora bien, como lo ha reiterado la jurisprudencia de la Corte, las condiciones de prosperidad de la pretensión indemnizatoria en el caso de la expropiación indirecta, y cuya carga de establecerlos incumbe al particular que accione, son los siguientes: a) Dominio en el demandante; b) Ocupación de hecho por la entidad demandada; c)

Carácter de permanente de la ocupación; d) Que la ocupación tenga por causa un trabajo público; y e) Que se haya ocasionado un daño con motivo de la ocupación.

3.- Si teniendo en cuenta lo que se acaba de decir respecto de las condiciones de éxito de la pretensión indemnizatoria se vuelve sobre el caso sub-judice, se verá cómo con arreglo al abundante acervo probatorio incorporado al plenario, al menos en lo que toca a los dos inmuebles ocupados con el embalse de EL PEÑOL, no se remite a duda que se dan dichas condiciones, tal como lo declaró el Juez *a-quo* y lo admite la misma parte demandada en su alegación de segunda instancia y lo había hecho ya al contestar el libelo. Lo que se acaba de decir hace innecesario de parte del Tribunal un examen pormenorizado de cada una de las referidas condiciones, tanto más cuando el completo estudio de ellas hecho por el *a-quo* se encuentra enteramente ajustado a la realidad procesal y probatoria de los autos y por lo mismo lo comparte la Sala en su integridad.

4.- Sentado lo anterior y antes de analizar los motivos de inconformidad del recurrente, resulta pertinente precisar

que en lo que atañe a la indemnización correspondiente a los inmuebles ocupados por las Empresas Públicas, previamente a la introducción de la demanda que dió lugar a este proceso, el actor solicitó que por el Juzgado Promiscuo Municipal de El Peñol, con intervención de la entidad que iba a demandar, se practicara una inspección judicial a los inmuebles que estaban siendo cubiertos por las aguas de la represa y que por peritos se evaluaran los perjuicios que por tal hecho recibiría.

Los expertos que intervinieron en la inspección judicial practicada el 4 de julio de 1978, cuando apenas empezaba la inundación, fijaron como valor de los inmuebles las sumas de \$ 460.000.00 y 1.200.000,00 para el local de comercio y la casa de habitación respectivamente, dictamen que no mereció reparo alguno. Luego, durante la tramitación del proceso, por petición de la entidad demandada, nuevos peritos fijaron valores de \$ 420.000.00 y \$ 720.000.00 para el local y la casa en su orden pero el Juez, como era lo indicado, acogió el primero. La parte demandada se conformó con esta tasación según se deduce del hecho de que no recurrieron y porque así lo expresaron en su alegación de la segunda instancia al solicitar que se confirmara sin modificaciones el fallo recurrido por el demandante.

Significa lo que se acaba de precisar que, en armonía con lo que establece el artículo 357 del Código de Procedimiento Civil, el Tribunal sólo podrá examinar el fallo recurrido en la parte en que fue desfavorable a las pretensiones del demandante.

5. Ahora bien, según lo expresado en el libelo, las pretensiones indemnizatorias del actor comprenden el daño

emergente y el lucro cesante sufrido con motivo de la ocupación permanente con las aguas de la represa de EL PEÑOL de los dos inmuebles de su propiedad, así como el valor de los muebles y enseres con que los tenía dotados y que, según lo afirma el demandante, el inminente peligro no permitieron retirar del establecimiento de comercio y la casa de habitación. A esos renglones agrega la indemnización por concepto de perjuicios morales, indemnización comercial respecto del local e indemnización familiar.

Esos perjuicios, según el avalúo practicado extraprocesalmente, fueron fijados en la suma de \$ 2.840.600,00 que se discriminan así: \$ 1.191.160,00 por concepto del valor correspondiente al local comercial; \$ 1.595.500,00 valor de la casa de habitación; \$ 35.000,00 por concepto de una fuente de agua natural y \$ 2.400,00 correspondientes de intereses por lucro cesante. Estas sumas globales incluyen \$ 400.000,00 por concepto de los **perjuicios morales** originados en el hecho de haber tenido que abandonar la casa paterna que antes fue de los abuelos y por lo mismo de gran valor afectivo, así como la suma de \$ 180.000,00 por **indemnización comercial** y \$25.000,00 por **indemnización familiar**, sin que para ninguna de estas partidas se exprese por los peritos cuál fue el fundamento tenido en consideración para determinarlas. A esas cantidades agregan también sin fundamentación, las sumas de \$ 50.000,00 por **lucro cesante**, \$ 150.000,00 por **daño emergente** respecto del local; \$ 80.000,00 y \$ 23.000,00 imputadas a **daño emergente** y **mejoras** de la casa respectivamente.

6.- De todos estos renglones, que según el demandante debe comprender

la indemnización plena, el Juez de la primera instancia acogió la relativa al valor de los inmuebles que incluyen los lotes de terreno, las construcciones respectivas, "las mejoras" y la mencionada "fuente de agua". También reconoció como integrante de la indemnización el valor del lucro cesante sufrido por el demandante entre la fecha del 1o. de julio de 1978 hasta el día en que se verifique el pago, representado por los réditos civiles del precio o valor de los inmuebles, determinado mes por mes, dentro de la tramitación prevista por el artículo 308 del Código.

En tales condiciones, el Tribunal se concretará al examen de las reclamaciones relativas al valor de los muebles y enseres a que alude la demanda, los pretendidos perjuicios morales así como en lo atinente a la procedencia del reajuste monetario del valor asignado a los inmuebles, aspecto en el cual se hace especial énfasis en la segunda instancia por el recurrente.

7.- Ahora bien. El fallador de primera instancia consideró improcedente la súplica relativa al reconocimiento del valor de los **muebles y enseres** con los cuales se sostiene estaba dotada la casa de habitación del demandante y equipado el establecimiento de cantina llamado "El Esquinazo". Negativa que resulta suficientemente justificada, de una parte por el hecho de que no quedó suficientemente establecido el dominio de tales bienes por lo vaga e imprecisa de la prueba y, de otra, por la circunstancia de que la acción indemnizatoria en razón de la ocupación permanente se refiere a los **bienes raíces** que no se pueden movilizar a otro sitio, situación que no puede aplicarse al caso de los muebles. Además, como lo dijo el **a-quo**, acogiendo el razona-

miento de la parte demandada, el argumento de que el Establecimiento fue sellado por el Alcalde de la localidad el 28 de mayo de 1978, tal conducta en caso de carecer de justificación y legalidad, sus consecuencias no podrían imputarse a los funcionarios de las Empresas Públicas.

En tales condiciones, según lo consignado en el fallo, la pérdida o deterioro de los muebles y enseres de que habla el demandante sólo se explica por la notoria negligencia de éste en el manejo y cuidados de sus bienes, pues que con suficiente antelación conoció de la inminencia de la inundación y bien pudo evitar esta clase de daños.

La parte demandante, en su alegación de segunda instancia, insiste en el reconocimiento de este renglón arguyendo que en el proceso sí obra prueba que acredite el dominio sobre los muebles y enseres cuyo valor reclama, prueba constituida especialmente por las declaraciones de testigos, medio idóneo para el caso, pues que la ley no exige una prueba calificada.

Sobre el punto, el Tribunal estima que la decisión de primer grado se encuentra ajustada no sólo a derecho sino también a la realidad probatoria de los autos. Es verdad que vinieron a declarar por petición del demandante CRISANTO GALLEGO (fs. 200 C. No. 3), ANTONIO MONTOYA GIRALDO (fs. 202 ib.), NEPOMUCENO MONTOYA R. (fs. 208 vto.), ROSA ELVIA y JULIO CESAR GONZALEZ (fs. 205 y 206 ib.) y que depusieron con relación al aspecto que se examina. Con todo, es notoria la deficiente práctica de la prueba, como que el funcionario que la recepcionó no puso el menor empe-

ño en que los declarantes expusieran "la razón de la ciencia de su dicho, con explicación de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que haya ocurrido cada hecho y la forma como llegó a su conocimiento"; casi todos los testigos se limitaron a contestar afirmativamente la pregunta o a decir que lo preguntado es cierto o que el hecho no sucedió, sin dar ninguna explicación de la aseveración y otras veces declaran de oídas. Por lo demás, quienes por razones enteramente explicables dicen tener mejor conocimiento de lo sucedido, como son los dos últimos relacionados, resultan ser hijos del demandante, lo cual resta eficacia a su dicho.

La forma como se recepcionó la prueba testimonial, según se ha visto, acusa un desconocimiento manifiesto del artículo 228 del Código de Procedimiento Civil, especialmente de las reglas 2a. y 3a.; dos de los testigos, dado su carácter de hijos del demandante, resultan sospechosos y ninguno de los declarantes hace una relación completa de los muebles y enseres perdidos o deteriorados. Si a lo anterior se agrega la circunstancia de que tampoco los peritos detallaron los muebles cuyo avalúo global efectuaron y que, además, según consta en el acta de la inspección judicial, algunos de los más valiosos fueron recuperados, se impone la conclusión de que es imposible basar en esos elementos de juicio una condena por tal concepto; esto suponiendo su procedencia.

De otra parte, si se consulta la jurisprudencia elaborada en torno a la acción indemnizatoria derivada de la llamada **expropiación indirecta**, se verá cómo ella siempre se ha referido al derecho que asiste al particular para reclamar indemnización "cuando el Es-

tado incorpora al servicio público un bien raíz" por no ser posible la recuperación de la cosa misma, situación que es idéntica a la contemplada por el artículo 955 del Código Civil.

De suerte que, siendo jurídicamente discutible la procedencia de la indemnización, por tratarse de bienes muebles; no estando establecido en forma indubitable el dominio sobre los mismos, ni tampoco haberse detallado o determinado "por su cantidad, calidad, pesos o medidas" o identificado debidamente en términos del artículo 76 del Código de Procedimiento Civil y si tampoco, finalmente, los peritos hicieron una relación valorada de cada bien en particular, resulta imposible un pronunciamiento de condena. Ni siquiera en abstracto podría hacerse, pues fuera de lo dicho tampoco se precisó con exactitud cuáles fueron los bienes recuperados, y, siendo ello así, mal podrían señalarse bases para la liquidación, como lo recomienda el artículo 307 del ordenamiento citado.

8. Otro de los renglones a que se contrae la indemnización reclamada se refiere a los **perjuicios morales** que sostiene sufrió el actor por el hecho de haber tenido que abandonar la casa en la cual vivieron los abuelos y que él ocupó tanto tiempo y por haber tenido que mudarse a otro sitio sin los valores afectivos que para él representaba la casa de EL PEÑOL.

El perjuicio moral, observa RENATO COGNAMIGLIO en su obra **EL DAÑO MORAL**, publicación de la Universidad Externado de Colombia, 1962, pág. 37, se refiere propiamente a la esfera psíquica del sujeto; es decir, al complejo de sus sentimientos, afectos, etc., en los casos en que resulten lesionados con una infracción. Se iden-

tífica con los dolores, las turbaciones psíquicas etc. que derivan del quebranto padecido.

El daño moral, precisa ALESSANDRI RODRIGUEZ siguiendo en ello a los Hermanos Mazeaud y también la jurisprudencia chilena, es aquel que proviene de toda acción u omisión que pueda estimarse lesiva a las facultades espirituales, a los efectos o a las condiciones sociales o morales inherentes a la personalidad humana: en último término, todo aquello que signifique un menoscabo en los atributos o facultades morales del que sufre el daño. Son daños de esta especie, agrega el autor, el dolor o sufrimiento que experimenta un individuo con una herida, lesión, cicatriz o deformidad, con su desprestigio, difamación, menosprecio o deshonra, con el atentado a sus creencias, con su detención o prisión, con su procesamiento, con su rapto, violación, estupro o seducción, si es mujer, con la muerte de un ser querido y, en general, con cualquier hecho que le procure una molestia, dolor o sufrimiento físico o moral (DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL EN DERECHO CIVIL CHILENO, No. 145).

Si, teniendo en cuenta la anterior orientación doctrinaria que es la misma que inspira nuestra jurisprudencia, se examina el caso planteado en esta demanda, el Tribunal no ve claro cómo la circunstancia de tener que abandonar un sitio que requiere una entidad para un servicio que beneficiará a la comunidad y que no es la primera vez que ocurre, pueda ocasionar menoscabo en los atributos o facultades morales del dueño, cuando de otra parte, va a recibir la indemnización correspondiente por el daño emergen-

te ya determinado y el lucro cesante calculado sobre el precio de los bienes ocupados, precisamente desde el momento de tal ocupación hasta cuando se efectúe el pago.

Por lo demás, como lo consignó el fallador de instancia al desechar tal súplica, en opinión de renombrados tratadistas del derecho administrativo, en esta clase de desapropios no tiene cabida más que la indemnización de los perjuicios de carácter patrimonial.

Sobre el particular se expresa el a quo: "Sólo es susceptible de ser indemnizado el perjuicio material, es decir, el que comporta la pérdida de un bien patrimonial. Esta exigencia conduce a excluir la reparación del perjuicio psicológico o moral que puede resultar, por ejemplo, de la afectación de un bien familiar o del desagrado nacido de la compulsación impuesta por la Administración, traducción que hiciera el Profesor Mario Rodríguez Monsalve de la obra *Droit Administratif* Jean Marie Auby, Robert Ducos Andes, 3a. Edición, pág. 662. Lo expresado está en concordancia con esta orientación: La indemnización sólo comprenderá el valor objetivo del bien y los daños que sean secuencia directa e inmediata de la expropiación. No se tomarán en cuenta circunstancias de carácter personal, valores afectivos, ni ganancias hipotéticas. No se pagará lucro cesante. En materia de inmuebles tampoco se considerará el valor panorámico o el derivado de hechos de carácter histórico. . . (Rafael Bielsa, *Derecho Administrativo*, 5a. Edición, Tomo IV, pág. 434)".

9.- En su alegación de segunda instancia, la parte demandante ha insistido en que al disponer la indemnización correspondiente a los dos inmuebles,

se ordene un nuevo avalúo y que, además, siguiendo la doctrina de la Corte y del Consejo de Estado en el sentido de que se debe tomar en cuenta la devaluación monetaria, se imponga a la demanda el valor del reajuste monetario a la fecha de la sentencia para lo cual se consultará la pérdida del poder adquisitivo del peso colombiano, según certificación del Banco de la República.

En lo que hace al nuevo avalúo solicitado por el recurrente, el Tribunal negó tal prueba porque ella resultaba improcedente en términos de los artículos 300 y 244 del Código, por cuanto antes de iniciarse el proceso se había practicado con citación de la entidad demandada, la cual por tal circunstancia, como observan los comentaristas, nació controvertida y por lo mismo ya no se podía volver a pedir con idéntica finalidad dentro del proceso (Cfr. CURSO DE DERECHO PROCESAL CIVIL págs. 474/475 Hernando Morales Molina).

El mérito que al dictamen así practicado reconoce el estatuto probatorio impedía que en el proceso se ordenara uno nuevo, como que ya las partes se habían vinculado a él sin haberle hecho reparo alguno. Además, la demanda fue elaborada justamente con fundamento en tal dictamen; las pretensiones deducidas se concretaron a las cifras señaladas por los peritos y en su alegación final, esa misma parte observó que el dictamen "es claro, preciso y detallado" y tiene las cualidades de reunir las condiciones del artículo 241 del Código y constituye prueba "EFICAZ, PUBLICA Y CONTRADICHA".

Ahora, en lo que toca al reajuste del valor de la indemnización en términos proporcionales a la devaluación monetaria solicitado con fundamento en las orientaciones de la jurisprudencia

de la Corte y del Consejo de Estado, resulta pertinente anotar lo siguiente:

Es cierto que la Corte Suprema de Justicia en casación del 24 de abril de 1979, con apoyo en la doctrina francesa expuesta por HENRI y LEON MAZEAUD así como en la de otros Tribunales con relación a la **devaluación monetaria**, acogió tal orientación para admitir la viabilidad de las estipulaciones sobre la actualización o reajustabilidad del valor de la deuda dineraria. Salvo los casos de intervención del Estado en el control de precios, dijo la Corte en esa sentencia, es permitido a los particulares que en sus negocios acuerden e inserten cláusulas de ajuste o corrección monetaria que tenga en cuenta las fluctuaciones del poder adquisitivo de la moneda; tal posibilidad, según el pensamiento de la Corte, constituye una previsión destinada a mantener el equilibrio económico de las partes, a precaver el enriquecimiento torticero, y a contratar sobre el valor real de la moneda (DERECHO COLOMBIANO, Tomo XXXIX, págs. 443 y ss.).

Esta misma tesis aparece acogida en sentencias de 9 de julio y 19 de noviembre de 1979 en donde la Corte precisó que ese reajuste por razón de la devaluación monetaria constituye un perjuicio adicional que debe incluirse en el daño emergente (JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA, Tomo IX, No. 99, págs. 161 y ss.).

Finalmente, el H. Consejo de Estado siguiendo a MAZEAUD y TUNC y también a ALESSANDRI acogió idéntica tesis como puede constatarse en sentencia de 22 de noviembre de 1979 de la Sección Tercera, publicada por la

Revista LA LEY No. 42, págs. 27 y ss., y que el recurrente cita en su alegación.

Con todo, este interesante aspecto de la reajustabilidad de la indemnización planteada primeramente por los tribunales franceses en el año de 1942, estudiado también en la doctrina chilena a partir de 1951 (Cfr. Fernando Fueyo Laneri LA ACTUALIZACIÓN O REAJUSTABILIDAD DEL VALOR DE LA DEUDA DINERARIA COMO REQUISITO DEL PAGO EFECTIVO, Revista "Ciencias Penales, 1974") no puede considerarlo el Tribunal en el caso *sub-judice* sin grave riesgo de violar la norma del artículo 305 del Código, como que tal aspecto no fue planteado en la demanda, pieza que con la contestación determinan el ámbito de acción del fallador.

En efecto, según la doctrina de la Corte, el reajuste monetario constituye un renglón integrante del daño emergente, el cual sería necesario incluirlo entre las pretensiones del libelo, lo que no sucedió en el caso que ocupa la atención del Tribunal. Un examen de la actuación muestra cómo el actor sólo cuando el proceso se encontraba a despacho para fallo solicitó al Juez que reconociera en forma oficiosa esa pretensión, lo que efectivamente este no hizo, aun cuando ordenó, en uso de sus poderes inquisitivos, la práctica de una prueba insinuada por la misma parte con tal fin.

Una revisión del *petitum* del libelo muestra cómo allí se pide que como consecuencia de la declaración de que las Empresas Públicas son civilmente responsables por la ocupación permanente de los inmuebles de propiedad del demandante, se le condene a pagarle los perjuicios que le fueron ocasionados, según la fijación hecha mediante

la "PRUEBA ANTICIPADA", practicada con todas las formalidades de la ley y con citación y audiencia de la entidad demandada. Más aun, en el numeral segundo de la demanda afirma el actor que de la indemnización "sólo queda pendiente la fijación del lucro cesante, de la fecha de la Inspección Judicial hasta que se verifique el pago".

De suerte, pues, que si en la demanda se precisó la cuantía de los perjuicios tasados pericialmente y allí no se pidió el reconocimiento de la suma que, a título de reajuste monetario, integraría el daño emergente, mal podría ahora el Tribunal reconocer tal pretensión sin infringir el imperativo principio de la congruencia a que antes se aludió.

Viene de lo dicho hasta ahora que la negativa del Juez *a-quo* a estimar las pretensiones concernientes a la indemnización por concepto de valor de los muebles y enseres a que se refiere la demanda y los perjuicios morales, se encuentra ajustada tanto a la realidad procesal y probatoria de los autos y, por lo tanto, ha de mantenerse. Y, en razón de lo dicho respecto del reajuste monetario del valor asignado a los inmuebles, tampoco podrá adicionarse la condena hecha por el *a-quo*, lo que por lo demás sería contrario al principio de la lealtad procesal que deben observar las partes en el proceso, aun los Jueces.

10. Tampoco procede reconocimiento alguno por concepto de mejoras a la casa y la fuente de agua natural, pues fuera de que las primeras no se determinaron, se entiende que unas y otra, por accesión hacen parte del inmueble cuyo valor fue determinado pericialmente, sin objeción de ninguna de las partes.

11. Finalmente, en lo que respecta a la indemnización familiar e indemnización comercial de que hablan los peritos y, obviamente la demanda por cuanto esta remite al dictamen, es del caso anotar que, en cuanto a la primera no se explicó por el demandante que es lo que se busca indemnizar bajo la denominación de "indemnización familiar". Y en cuanto a la "indemnización comercial", que tampoco se explica su fundamento en el libelo, el Tribunal entiende que el actor quiere referirse a los intangibles que el Código de Comercio y la jurisprudencia han aceptado y que son conocidos como prima de cesión y "good will". Empero, de los autos no resulta que el dueño del local comercial llamado "El Esquinazo" hubiese pagado prima alguna, ni tampoco que la Entidad expropiante se hubiese aprovechado del buen nombre comercial que pudo haber tenido, y menos aun del derecho a percibir super-utilidades que se esperan en el futuro.

Es probable que quien explotó ese establecimiento de comercio lo hubiera acreditado y creado en torno a él una clientela, todo lo cual seguramente repercutía en una mayor productividad y rendimiento; sin embargo, tal actividad y esfuerzo no fueron del dueño sino de los inquilinos de que habla el demandante y no sería justo que en esas circunstancias se hiciera algun reconocimiento a su favor.

Si se quiere, al decir de la Comisión Redactora del Proyecto de Código de Comercio, al cual se ha aludido tantas veces, fue la protección de ese intangible lo que vino a determinar más decididamente la reglamentación consagrada para la protección de los derechos del arrendatario

En efecto, así se expresa la citada Comisión como se lee en la EXPOSICION DE MOTIVOS, pág. 37 "La Comisión —siguiendo muy de cerca el Decreto francés de 1953— ha propuesto, como parte integrante de su proyecto sobre esta materia, una serie de preceptos destinados a regular las relaciones entre los propietarios y los arrendatarios de locales ocupados con establecimientos de comercio. Porque es indudable que quien ha acreditado un establecimiento de comercio y ha creado en torno a él una clientela que se orienta más por el local ocupado que por cualquiera otra circunstancia, ha creado uno de esos elementos inmateriales que incrementan el rendimiento o la productividad de toda empresa. Y ese elemento, que es a veces tan valioso que sirve de motivo para el cobro de primas cuantiosas por la cesión de un local, no es fruto de la actividad del propietario sino de la del arrendatario; por eso es digno de protección en quien lo ha creado, y no es justo que sea el mismo propietario el que se beneficie con él, recaudando primas por privar de ese derecho al inquilino, y por convertirse, casi siempre, en instrumento o aliado de la competencia desleal, que generalmente utiliza estos medios para aprovechar la labor y la paciente espera de otros. Lo cual quiere decir que no es que se pretenda limitar o desconocer el derecho de propiedad del arrendador sino proteger simplemente un elemento creador de beneficios económicos que no es obra del propietario sino del inquilino, para que cada uno ejerza su derecho en la medida de lo que es suyo" (las subrayas no son del texto).

Naturalmente, el intangible a que se ha hecho referencia no ha de confundirse con el conocido como "good

will". Este, según el criterio más generalizado, no es otra cosa que el precio actual del derecho a percibir super-utilidades que se esperan en el futuro, o como lo sostiene el doctor Aurelio Camacho Rueda en alguno de sus avallúos, el "good will", por tanto, es la situación privilegiada de una persona, natural o jurídica, para percibir utilidades en más alto grado que las normales, lo cual obedece a posiciones favorables. . .". No sobra advertir que en muchas ocasiones se confunden por algunos el concepto de "prima" y el de "good will", cuando aquella es una prestación concreta que se paga al cedente de un local, mientras que éste es el precio adicional que se paga por una empresa acreditada y organizada. Es la compra de un derecho a percibir ganancias futuras. De suerte, pues, que "la prima se paga, ha dicho esta Corporación, por uno de los muchos elementos integrantes del "good will", generalmente la localización, mientras que el "good will" incluye marcas, patentes, técnica de las maquinarias, razón social, buena fama de administradores, etc." (JURISPRUDENCIA CIVIL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLIN, pág. 313).

Lo que se acaba de decir, implica como ya se anticipó que ni la pretendida indemnización familiar ni la comercial atinente al establecimiento de comercio, podrán reconocerse al demandante.

13. Todo indica, pues, que la sentencia de primera instancia se mantendrá en todas sus partes y que, con arreglo a lo que establece el numeral 3o. del artículo 392 del Código de Procedimiento Civil, las costas de esta instancia serán de cargo de la parte apelante.

Por lo expuesto, el Tribunal Superior de Medellín, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CONFIRMA el fallo recurrido, de fecha y procedencia indicadas en la parte motiva de esta providencia.

Costas a cargo del apelante.

Se dio cumplimiento a lo dispuesto por el numeral 4o. del artículo 30 de la Ley 16 de 1968 (Acta No. 051 de 4 de los corrientes).

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVA.