

Santiago de Cali, 16 de enero de 2024.

Magistrada:

ZORANNY CASTILLO OTALORA.

Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca.

Referencia : **RECURSO DE APELACIÓN.**

Radicación : 76001233300320180119900.

Medio : CONTROVERSIAS CONTRACTUALES Y REPARACIÓN DIRECTA.

Demandantes : LLANO VERDE AGROINDUSTRIAL S.A.S. E INVERSIONES VELAR S.A.

Demandados : D.E. DE SANTIAGO DE CALI Y EMSIRVA E.I.C.E. EN LIQUIDACIÓN.

NÉSTOR BENJAMÍN MARTÍNEZ MORALES, identificado con la cédula de ciudadanía No. 1.130.606.838, expedida en Cali, Abogado con Tarjeta Profesional No. 162.796 del C.S.J., actuando en calidad de Apoderado Judicial de las empresas LLANO VERDE AGROINDUSTRIAL S.A.S. e INVERSIONES VELAR S.A., encontrándome dentro del término correspondiente, me permito presentar y sustentar, con base en el artículo 246 de la Ley 1437 de 2011, “recurso de apelación” en contra de la sentencia de primera instancia, la cual fue notificada por correo electrónico el 13 de diciembre de 2023. Para tal efecto, es preciso manifestar y esbozar los siguientes argumentos:

I. Sustentación del recurso de apelación

Sea lo primero manifestar que el suscrito está de acuerdo con la declaratoria de responsabilidad extracontractual que hizo el tribunal en contra del Distrito de Santiago de Cali a través del régimen objetivo (daño especial) de imputación de responsabilidad. Naturalmente, la entidad territorial incurrió en la generación de un daño antijurídico, de manera precisa, daño especial, que se traduce en el desequilibrio de las cargas públicas que sufrieron Llano Verde Agroindustrial e Inversiones Velar por la declaratoria de utilidad pública y demás actos generados por el Distrito tendientes a la expropiación del predio La Balastera, actuaciones que frustraron el contrato de promesa de compraventa celebrado sobre dicho predio, luego de que mis poderdantes habían pagado una suma millonaria y estaban realizando acciones relativas al desarrollo de un proyecto urbanístico, generando con ello daños antijurídicos, los cuales las partes demandantes no tenían el deber de soportar. Ahora, si bien se comparte la declaratoria de responsabilidad y la imputación al Distrito de Santiago de Cali, lo que no se comparte de la sentencia impugnada es, en primer lugar, la “cuantía” de los perjuicios concedidos y, en segundo lugar, la negación de las otras pretensiones.

Sobre la base de lo esbozado, de manera precisa y concreta, me permito exponer y argumentar las razones de inconformidad, siguiendo el siguiente orden metodológico:

1. No se comparte la “cuantía” de la reparación del daño por pérdida de oportunidad.

Partiendo de la declaratoria de responsabilidad por daño especial imputado al Distrito de Santiago de Cali, el tribunal considera acceder a la pretensión de reparación referente a la indemnización de la pérdida de oportunidad de adquirir el dominio del predio denominado “La Balastera”. Para ello, toma en consideración, como criterio de equidad, el guarismo del 10% que se había establecido como “arras” en la promesa de compraventa, sobre la base de valor pagado por la empresa Llano Verde Agroindustrial en cumplimiento de la promesa de compraventa, es decir, limitó la pérdida de la oportunidad a la adquisición del predio

y al 10 % sobre la suma de **\$ 2.803.200.000 M/cte**. No obstante, es menester afirmar que la reparación de la pérdida de oportunidad es, y debe ser, omnicomprendiva. Esto quiere decir que no se limita a reparar, tan solo, una arista de la oportunidad perdida, sino que su comprensión y cobertura abarca todo lo que dicha oportunidad implica.

Así las cosas, en el caso objeto de estudio, la oportunidad perdida estaba determinada de forma inmanente en: (i) la posibilidad de haber adquirido el predio la Balastera y (ii) en todo lo que se hubiese derivado de dicha adquisición, aspecto que incluye la finalidad que motivo la compra del predio por parte de la empresa Llano Verde Agroindustrial, el cual no fue otra que la de desarrollar un proyecto de urbanización, que consistía en la construcción y comercialización de bloques de apartamentos. En tal sentido, existía, como bien lo manifestó el tribunal, una alta probabilidad de la empresa Llano Verde Agroindustrial de haber adquirido el predio, ya que había cancelado el 60% de la suma total pactada, pero, no sólo eso, también, existía una alta probabilidad de ejecutar el proyecto de urbanización, hechos que sin lugar a duda se vieron frustrados por la Alcaldía de Santiago de Cali (Distrito Especial), a través del inicio del procedimiento de expropiación.

En igual sentido, de la mano con el alcance omnicomprendivo de la reparación por la pérdida de oportunidad, debe considerarse, también, que, partiendo de la alta probabilidad que se tenía en la adquisición del predio y de su utilidad, el guarismo como criterio de equidad justo debe corresponder, no al 10% determinado por el A-quo, sino al 60%, como mínimo, ya que fue ese el porcentaje que corresponde al total del valor de la promesa que había pagado la empresa Llano Verde Agroindustrial. Es así como, siguiendo el principio de reparación integral, la reparación de la pérdida de oportunidad debe abarcar la adquisición del predio, la utilidad que iba arrojar el proyecto urbanístico y la valoración del predio la Balastera que se generaba por dicho proyecto, en los términos del estudio de factibilidad aportado, el cual no fue refutado por la parte demandada dentro del proceso, y de acuerdo a la prueba pericial aportada y practicada relativa al avalúo comercial realizado por la firma internacional Logan Institucional Value.

Así, dentro del material probatorio recaudado, los cuales permiten avizoran que mis poderdantes estaban realizando actos claros, contundentes y precisos tendientes a desarrollar el proyecto urbanístico, se destacan los siguientes:

- Contrato de alianza estratégica, suscrito el día 09 de junio de 2017 entre Llano Verde Agroindustrial S.A.S. y la sociedad Inversiones Velar S.A.
- Estudio de factibilidad del proyecto “La Balastera 120” que arroja una utilidad final de Treinta y Dos Mil Setecientos Veintitrés Millones Cuatrocientos Noventa y Un Mil Trescientos Trece pesos M/cte. (\$32.723.491.313 M/cte.).
- Contrato de promesa de compraventa sobre el bien inmueble denominado “La Balastera”, suscrito el día 01 de febrero de 2017 entre Llano Verde Agroindustrial S.A.S. y Emsirva en Liquidación.
- Avalúo comercial del predio La Balastera realizado por la prestigiosa firma LOGAN INSTITUCIONAL VALUE.
- Documento de entendimiento contractual respecto de la promesa de compraventa aludida en este escrito, suscrito el día 3 de abril de 2018, entre Emsirva en Liquidación y Llano Verde Agroindustrial S.A.S.
- Prueba pericial rendida por el representante legal de Logan Institucional Value.
- Documentos aportados por Emsirva en la contestación de la demanda relativos al Esquema Básico del predio La Balastera y los trámites adelantados ante la Curaduría Urbana.

Como bien se puede observar de los documentos mencionados, había una ruta clara y precisa de cómo iba a desarrollarse, paso a paso, el proyecto urbanístico. Verbigracia, Llano Verde Agroindustrial había realizado el pago efectivo del 60% del valor del bien, había contratado el peritaje de rigor con la firma evaluadora Logan Institucional Value y, además, estaba adelantando los trámites necesarios ante la Secretaría de Planeación, pues, ya contaba con esquema básico. Incluso, había

iniciado algunos trámites ante la Curaduría Urbana No. 3 del Círculo de Cali, con la finalidad de encausar la realización del proyecto. En este orden de ideas, el perjuicio de la pérdida de oportunidad se debe determinar partiendo del guarismo del 60%, aplicándose, no sólo al valor pagado respecto del predio, sino también a la utilidad esperada (sobre la base de \$32.723.491.313 M/cte.) y a la valoración que, como fruto del proyecto urbanístico, tendría el predio la Balastera.

En este sentido, se solicita en segunda instancia, de la manera más respetuosa, en aras del principio de reparación integral, adecuar el valor de la indemnización con base a los parámetros aludidos.

2. No se comparte la negación que hizo el tribunal de los demás perjuicios solicitados en el acápite pretensiones de la demanda.

Partiendo de la declaratoria de responsabilidad por daño especial imputado al Distrito de Santiago de Cali, sobre la base del principio de reparación integral, se deben considerar la totalidad de los perjuicios solicitados. Existiendo claridad en la responsabilidad extracontractual, la consecuencia lógica es la reparación del daño, tal y como fue solicitado y probado. A saber, en primer lugar, se deben reconocer los “intereses” solicitados, puesto que está demostrado en el proceso, con los documentos aportados en la demanda (contratos y demás), con los documentos aportados en la contestación de la demanda y en general con las pruebas recaudadas, que para el momento del inicio del procedimiento de expropiación, más precisamente, con el decreto de declaratoria de utilidad pública, la empresa Llano Verde Agroindustrial ya había firmado la promesa y había cancelado el 60% del valor del bien, esto es, el valor de **\$ 2.803.200.000 M/cte.**

Desde esta óptica, teniendo en cuenta que la entidad demandada (Emsirva) sólo devolvió los dineros pagados en razón de la promesa el 22 de agosto de 2018, se deben reconocer los intereses causados, los cuales a corte 30 de junio de 2018, según el máximo interés legal, reportaban un valor de \$1.008.781.000 M/cte. Este valor fue solicitado como pretensión en la demanda y debe ser reconocido como consecuencia lógica de la declaratoria de responsabilidad extracontractual por daño especial imputado al Distrito de Santiago de Cali. Este valor deberá ser actualizado, considerando la fecha efectiva en donde la entidad demandada devolvió los dineros fruto de la promesa, lo cual tuvo lugar el 22 de agosto de 2018.

El no reconocimiento de dicha pretensión, sobre la base de la responsabilidad objetiva imputada a la parte demandada, constituye un desconocimiento del principio de reparación integral, de que trata el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, así como de la responsabilidad estatal consagrada en el artículo 90 de la Constitución Política. Lo anterior aunado a que en el acápite de las pretensiones de la demanda el reconocimiento de los intereses se soltó a título de responsabilidad contractual y extracontractual, respectivamente, tanto a Emsirva en Liquidación, como al Distrito de Santiago de Cali. En consecuencia, siendo prístino el daño especial determinado e imputado a la entidad territorial, el reconocimiento de los intereses es una condición tautológica.

Es importante tener en cuenta que, habida cuenta del daño especial producido por el Distrito de Santiago de Cali, prácticamente, Emsirva en liquidación tuvo bajo su disposición y en sus arcas, por más de 17 meses, una suma millonaria que le significó un incremento en su patrimonio, a costa del empobreciendo que durante dicho lapso tuvo la empresa Llano Verde Agroindustrial SAS, más aún, cuando la actividad de mi poderdante es de carácter comercial y no de beneficencia. En el ámbito de las relaciones comerciales, incluyendo los contratos estatales, las sumas que se restituyen por la no realización o incumplimiento de un contrato se deben devolver junto con los intereses, máxime cuando está de por medio la declaratoria de un daño especial atribuible al Distrito de Santiago de Cali. En este sentido, el hecho de no haberse reintegrado las sumas pagadas con sus debidos intereses configuró un enriquecimiento sin justa causa por parte de Emsirva y el Distrito de Cali, en detrimento de mi poderdante, daño que debe ser reparado, en congruencia

con el principio de reparación integral, en torno a la declaratoria de responsabilidad por daño especial establecida por el tribunal en primera instancia.

Sobre el particular, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sido enfática en mencionar que:

“La regla, según la cual, la administración se encuentra exenta del pago de intereses moratorios por el incumplimiento de las obligaciones a su cargo no tiene aplicación en el ordenamiento jurídico colombiano. En otras palabras, no es un privilegio aceptable en el modelo constitucional actual predicar, como ocurría en el derecho español, “la inexigibilidad de lucro cessans”, toda vez que no puede seguirse equiparando al fisco con los menores de edad, como acontecía en el derecho regio. De igual modo, tampoco es aceptable adoptar la postura defendida por la jurisprudencia de mediados del siglo XIX, según la cual los fundamentos para que la administración pública no tuviera la obligación de reconocer intereses son los principios de control parlamentario del gasto público, el carácter especial de las partidas presupuestales y la inexistencia de la mora culposa por el retardo del pago. En efecto, como puso de presente la Corte Constitucional, la responsabilidad contractual es uno de los principales logros reconocidos por el derecho administrativo como garantía a favor de los particulares, ya que del contenido del artículo 90 de la Carta Política, se desprende que en las relaciones jurídicas emanadas de la celebración de negocios jurídicos se debe garantizar en todo momento la correspondencia entre las prestaciones, de forma tal que si se presenta un incumplimiento dicha equivalencia se altera y se genera un daño que el administrado no tiene el deber jurídico de soportar, habilitándose los mecanismos previstos en el ordenamiento jurídico para demandar la responsabilidad del Estado.”¹

Como se logra leer de la jurisprudencia, no se puede prescindir del pago de los intereses, incluso, estos tienen presunción legal en caso frustración del negocio. Este parámetro hace parte del deber que tienen las entidades públicas de reparar los daños antijurídicos causados a los particulares, tal y como lo hace saber el artículo 90 de la Constitución Política.

Ahora bien, desde otra perspectiva de la reparación integral, en relación con la pretensión de lucro cesante, guarda *sindéresis* la misma lógica planteada. La declaratoria de responsabilidad extracontractual por daño especial imputada a la entidad territorial Distrito de Santiago de Cali, de la mano de la viabilidad de la indemnización del perjuicio de la pérdida de oportunidad, hace plausible el reconocimiento de la valoración del lote, en clave del proyecto urbanístico que se iba a realizar y de acuerdo a la prueba pericial aportada y practicada por la firma Logan Institucional Value, la cual arrojó como avalúo comercial el valor de \$ 15.730.500.000 M/cte. Sobre el particular avalúo, es preciso resaltar que dicho dictamen pericial fue realizado antes de que el predio “La Balastera” hubiese sido afectado por la declaratoria de utilidad pública. La fotografía del informe, es decir, la fecha en que se hizo la inspección por parte del evaluador, fue antes de inscribirse la declaratoria de utilidad pública. Aquí, entonces, se resalta que la fecha de la visita del perito, esto es, la fecha de inspección y valoración del predio fue el 2 de febrero de 2018, mientras que la declaratoria de los motivos de utilidad pública ocurrió el 6 de febrero de 2018, cuyo registro en instrumentos público fue, incluso, posterior a esa fecha.

Por lo expresado, la pretensión del lucro cesante, relativa a la valoración del predio la balastera por motivo del proyecto inmobiliario, debe ser reconocida sobre la base del 60% de dicho avalúo, ya que ese porcentaje fue el correspondiente al dinero que alcanzó a pagar la empresa Llano Verde Agroindustrial en cumplimiento de la promesa de compraventa. El aludido perjuicio debe ser reconocido, ya sea, en clave de la pérdida de oportunidad o bien como perjuicio autónomo relativo al lucro cesante, bajo la égida y garantía de los principios de justicia material, responsabilidad estatal y reparación integral.

¹ Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera – Subsección C - Consejero Ponente: Enrique Gil Botero, Radicación No. 08001-23-31-000-1993-07655-01 (19597), Demandante: Sociedad Agudelo Chaves Limitada, Demandado: INCORA, Acción de Controversias Contractuales.

Por lo anteriormente expuesto, se solicita, de la manera más respetuosa, en segunda instancia, en aras del principio de reparación integral, el reconocimiento de los intereses solicitados y el pago del perjuicio referente al lucro cesante, teniendo en cuenta los parámetros ya aludidos.

3. No se comparte la exclusión de responsabilidad contractual que hizo el tribunal de la parte demandada Emsirva en liquidación

Al margen de los atenuantes que pueda tener la empresa de servicios públicos Emsirva en Liquidación, en todo caso, la generación de la responsabilidad objetiva atribuible al Distrito de Santiago de Cali, motivada por el proceso de expropiación que frustró, abrupta e injustamente, la adquisición del predio la Balastera, como criterio particular no exonera a la empresa Emsirva en liquidación de la responsabilidad contractual que tenía de devolver los dineros pagados, con el respectivo interés y haber realizado la debida liquidación del contrato, los cuales, tal y como se dejó plasmado a priori, se presumen de ley, en concordancia jurisprudencial. En tal sentido, cualquier estipulación en contrario, incluso en el contrato, sin importar el régimen jurídico que corresponda, constituye una afrenta al artículo 90 de la Constitución Política, así como a las normas que sobre el particular establece el Código Civil y el Código de Comercio, las cuales, huelga decir, son de aplicación, tanto para los contratos estatales, como los de régimen exceptuado.

Bajo estas ideas, el argumento del tribunal sobre la existencia de un eximente de responsabilidad contractual en cuanto a Emsirva en Liquidación, desconoce que dicha entidad no devolvió el dinero en un tiempo prudencial, a pesar de contar con todos los medios para haberlo hecho. Es menester resaltar que comenzando el mes de febrero de 2018, la alcaldía de Cali ya había emitido los actos administrativos que configuraban el inicio de una expropiación, aspecto que era de conocimiento previo por parte de Emsirva en Liquidación. Sin embargo, esta parte contratante apenas vino a regresar los dineros, sin los intereses moratorios, el 22 de agosto de 2018, tal y como aparece probado dentro del acervo probatorio. En todo caso, si se cuenta desde la celebración de la promesa de compraventa, prácticamente, dicha empresa de servicios públicos mantuvo en sus arcas, por más de 17 meses, una suma millonaria de propiedad de la empresa Llano Verde Agroindustrial, sin que al final de la relación contractual hubiera existido mérito para ello, es decir, como si no hubiese existido ninguna relación contractual, porque devolvió el dinero de manera tardía y sin el reconocimiento justo de los intereses.

En todo caso, el pago de los intereses son una derivación de la responsabilidad extracontractual del Distrito de Santiago de Cali, por efectos de la imputación objetiva, en torno a la reparación integral del daño antijurídico, así como también de la responsabilidad contractual que se predica de Emsirva en Liquidación, de acuerdo con los argumentos previamente expresados. Por tal motivo, la pretensión relativa al pago de los intereses debe prosperar tanto en la vía contractual como extracontractual, tal y como fue solicitada.

Con el respeto debido a la administración de justicia.

Atentamente,

NESTOR B. MARTINEZ

Néstor Benjamín Martínez Morales

C.C. No. 1.130.606.838 de Cali.

T.P. No. 162.796 del C.S.J.