



**PROCURADURÍA DELEGADA DE INTERVENCION 6.
PRIMERA ANTE EL CONSEJO DE ESTADO**

CONCEPTO No 069/2024

Bogotá, D.C., 8 de abril de 2024

Señores

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN B

Consejero Ponente Dr: MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ

E. S. D.

Ref: Proceso **No 76001 23 33 000 2018 01199 01 (70986)**
Medio de control: **CONTROVERSIAS CONTRACTUALES** (Ley 1437 de 2011)
Demandante: **LLANO VERDE AGROINDUSTRIAL S.A.S y OTRO**
Demandado: **MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI y OTROS**

El Ministerio Público presenta a consideración de la Sala su concepto en el proceso de la referencia, respecto de los recursos de apelación interpuestos por el Distrito Especial de Santiago de Cali y por la parte demandante, contra la sentencia proferida el 11 de diciembre de 2023 por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca.

1. ANTECEDENTES

1.1. SÍNTESIS DE LA DEMANDA

LLANO VERDE AGROINDUSTRIAL S.A.S. e INVERSIONES VELAR S.A., a través de apoderado judicial, en ejercicio de los medios de control de controversias contractuales y de reparación directa presentaron demanda¹, contra de **EMSIRVA EN LIQUIDACION** y contra el **MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI**, para obtener las siguientes declaraciones y condenas:

“1. Declárese administrativamente responsable a Emsirva en liquidación y a la Alcaldía de Santiago de Cali – Municipio de Santiago de Cali, por los daños patrimoniales y extrapatrimoniales causados a Llano Verde Agroindustrial S.A.S e Inversiones Velar S.A., por motivo de las acciones y omisiones administrativas acaecidas en razón a la imputación subjetiva – falla en el servicio y objetiva -daño especial, referente a la responsabilidad del Estado, relacionada con la promesa de compraventa el predio La Balastrea.

2. En virtud de la declaratoria de responsabilidad contractual y extracontractual, ordénese a Emsirva en liquidación y a la Alcaldía de Santiago de Cali – Municipio de Santiago de Cali, a pagar como indemnización de perjuicios el concepto de pérdida de oportunidad respecto de la utilidad final esperada por el desarrollo del proyecto de urbanización, lo cual, según el estudio de factibilidad, asciende a la suma de TREINTA Y DOS MIL SETECIENTOS VEINTITRES MILLONES CUAYRICIENTOS NOVENTA Y UN MIL TRESECIENTOS TRECE MESOS M/CTE (\$32.723.491.313)

3. En virtud de la declaratoria de responsabilidad contractual y extracontractual, ordénese pagar a Emsirva en liquidación y a la Alcaldía de

¹ Incoada el 16 de noviembre de 2018, esto es, dentro del término legal de caducidad de dos (2) años establecido para el ejercicio del medio de control de controversias contractuales, bajo el entendido que, la promesa de compraventa estableció que el contrato de compraventa se celebraría el 3 de abril de 2018. Como esto no ocurrió, los dos años de caducidad se contabilizan a partir del día siguiente, esto es hasta el 4 de abril de 2020. Término que fue interrumpido el 25 de julio de 2018 con la presentación de la solicitud de conciliación extrajudicial ante la Procuraduría, diligencia que se llevó a cabo el 8 de octubre de 2018 y se declaró fallida por ausencia de ánimo conciliatorio.

Con respecto al medio de control de reparación directa, también se presentó dentro del término legal de caducidad de los dos (2) años, que se contabiliza a partir del día siguiente a la acción u omisión causante del daño. En el caso concreto, como lo precisó el Tribunal “*el Decreto No. 4112.010.20.0044 del 7 de febrero de 2018, “por el cual se hace una oferta económica en ejecución del proyecto (...)*”, fue inscrito en el registro de matrícula inmobiliaria del predio en cuestión el **8 de febrero de 2018** impidiendo la tradición del derecho de dominio prometido en la promesa de compraventa, por tanto los dos años de caducidad se cumplirían el 9 de febrero de 2020. Término que como anotó en precedencia fue interrumpido con la presentación de la solicitud de conciliación extrajudicial ante la Procuraduría, diligencia que se llevó a cabo el 8 de octubre de 2018 y se declaró fallida por ausencia de ánimo conciliatorio.

Santiago de Cali – Municipio de Santiago de Cali, como lucro cesante la valorización actual del lote, el cual según el último avalúo realizado tiene un precio comercial de QUINCE MIL SETECIENTOS TREINTA MILLONES QUINIENTOS MIL PESOS M/CTE (\$15.730.500.000)

4., Declárese la liquidación judicial del contrato de promesa de compraventa, sobre el predio denominado la Balastrea, celebrado el 1 de febrero de 2017 entre Emsirva en liquidación E.S.P y la Sociedad Llano Verde Agroindustrial S.A.S.

5., Que se declare el incumplimiento contractual de Emsirva en liquidación E.S.P. respecto del contrato de promesa de compraventa sobre el predio denominado la Balastrea, celebrado el 1 de febrero de 2017 entre Emsirva en liquidación E.S.P y la Sociedad Llano Verde Agroindustrial S.A.S.

6., Que se ordene a Emsirva en liquidación y a la Alcaldía de Santiago de Cali – Municipio de Santiago de Cali, cancelar los intereses moratorios a la tasa máxima legal bancaria desde la fecha de pago de cada una de las cuotas del contrato de promesa de la Balastrea canceladas por mi representado (cuotas que ascendieron a \$2.803.200.000 M/cte) hasta la fecha de devolución de las mismas, intereses que a corte de 30 de junio de 2018, representaban la suma de MIL OCHO MILLONES SETECIENTOS OCHENTA Y UN MIL PESOS M/CTE (\$1.008.781.000), suma que deberá ser reliquidada con la fecha efectiva del pago, esto es, agosto 22 de 2018.

7., Condénese en costas a la parte demandada, en virtud del artículo 188 de la Ley 1437 de 2011.

8., Que se ordene a la demandada cumplir el fallo dentro de los términos señalados en el artículo 192 de la Ley 1437 de 2011”

Como soporte fáctico de la demanda se aduce en términos generales que, el 1 de febrero de 2017 Llano Verde Agroindustrial SAS celebró contrato de promesa de compraventa con Emsirva sobre el predio La Balastrea, por un precio de \$4,672,000,000, que se pagaría en varias cuotas, para el desarrollo de una urbanización. Para tal efecto, Llano Verde realizó los siguientes pagos: “*el 20% la firma de la promesa de compraventa (...) 5% el 30 de marzo de 2017 (...) 10% el 30 de abril de 2017 (...) 15% el 15 de mayo de 2017 (...) 10% el 30 de junio de 2017*” y el 40% restante se pagaría con la firma de la escritura, hecho que no ocurrió porque el distrito de Cali declaró de utilidad pública el predio.

Que Llano Verde no fue vinculada al proceso administrativo de declaración de utilidad pública, pese a que el distrito sabía de la promesa de compraventa.

El 22 de agosto de 2018 Emsirva devolvió a la parte actora el dinero pagado sin reconocer intereses moratorios.

Aduce que el distrito de Cali debe ser declarado responsable, por daño especial, porque frustró la compra del predio con la declaratoria de utilidad pública. Además, lo hizo en época de ley de garantías, aunque estaba prohibido.

Con respecto a Emsirva, afirma que estaba obligada a cumplir la promesa de compraventa, pues la declaratoria de utilidad pública estaba en etapa de enajenación voluntaria al distrito, pues en su criterio *“Emsirva debió aceptar nuestra propuesta (...) o propugnar porque la administración municipal (...) reconociera como terceros afectados a los promitentes compradores del bien (...) nunca ha existido la obligación de Emsirva de aceptar la oferta voluntaria de compra al encontrarse el proceso en etapa de enajenación voluntaria (...)”*.

Indica, que Llano Verde suscribió con Inversiones Velar S.A. alianza estratégica para ejecutar el proyecto y estimaron una utilidad de \$32.723.491.313.

1.2. SINTESIS CONTESTACION DE LAS DEMANDAS.

1.2.1. El municipio de Santiago de Cali, se opuso a las pretensiones, pues advierte que no se dan los presupuestos para la configuración del ente territorial respecto de las acciones y omisiones sobre las cuales se edifica la

imputación subjetiva – falla en el servicio, y objetiva – daño especial, relacionadas con el contrato de promesa de compraventa del predio La Balustrera, toda vez, que el daño que se reclama está relacionado directamente con la promesa de compraventa del referido predio, respecto de la cual el municipio de Santiago de Cali, no funge como parte de dicho contrato, luego surge evidente la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva del municipio demandado.

Ello aunado a que la Alcaldía de Santiago de Cali, efectuó los trámites administrativos legales señalados en la Ley 388 de 1997, tendientes a la declaratoria de utilidad pública del predio, enviando los oficios a Llano Verde, con la oferta económica, sin embargo, además de no recibir respuesta alguna al respecto, se observó que dicha empresa envió comunicación a Emsirva solicitando la liquidación del contrato y de manera maliciosa solicitó al futuro comprador la liquidación bilateral de la promesa de compraventa, sin informar a la Alcaldía de Santiago de Cali de lo que venía aconteciendo.

Tampoco se prueba que la supuesta pérdida de oportunidad sea causada por la expedición del Decreto No 4112.010.20.0042 de febrero 6 de 2018 por medio del cual se anuncia la “puesta en marcha del Proyecto Construcción de Centros de Desarrollo Infantil para la Atención Integral en el municipio Santiago de Cali” que se desarrollaría con la finalidad de: 1) adquirir un predio para construir y adecuar un Centro de Desarrollo Infantil para la Atención Integral, el Decreto 4112 .010.20.0044 del 7 de febrero de 2018 “por el cual se hace una oferta económica en ejecución del proyecto “Construcción de Centros de Desarrollo Infantil para la Atención Integral en el municipio Santiago de Cali” y la Resolución 4112.010.21.0075 de noviembre 15 de 2018 “por la cual se ordena una expropiación”

Aduce además, que no se configuran los presupuestos de la responsabilidad del municipio de Santiago de Cali, con respecto al lucro cesante que se

reclama relacionado con la valorización actual del lote, toda vez que las argumentaciones que en tal sentido señala la parte actora, resultan equivocadas, pues ello implicaría predicar el fenómeno jurídico de la lesión enorme, en cuyo caso, Emsirva, se encontraría en la posibilidad de intentar i) la acción rescisoria (terminación del contrato) para lograr el restablecimiento del equilibrio de las prestaciones; o ii) optar por el reajuste del precio recibido o pagado, según el caso, al justo valor acreditado en el proceso, con esta misma finalidad. De elegirse la primera solución, las cosas se refrotarían al momento inicial, es decir, antes de la celebración del contrato, de tal suerte que el vendedor obtendría la devolución del bien y si es el comprador correspondería su restitución, sin perjuicio del cumplimiento de las prestaciones mutuas que surja de esta situación; en cambio de escoger la segunda solución, esto es, el reajuste del precio injusto, el vendedor afectado obtendría el aumento correspondiente y si se trata del comprador, éste podría lograr la correspondiente disminución, que, según los dictados de la norma civil, se afectaría en una décima parte. Sin embargo, precisa que, tales soluciones solo incumbe a las partes involucradas en el contrato de promesa de compraventa, del cual no es parte el municipio de Santiago de Cali, en cuyo caso se aplicaría la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva del ente territorial demandado.

Propuso las siguientes excepciones:

- Inepta demanda, pues advierte que el Código General del Proceso la establece como excepción previa, la cual se da por indebida acumulación de pretensiones y lo primero que hay que observar es que el Juez sea competente para conocer de todas las pretensiones, y advierte que esta jurisdicción no es competente para resolver pretensiones relacionadas con los supuestos perjuicios causados a terceros en el proceso de expropiación, el cual corresponde conocer a los Justicia ordinaria.

- Falta de legitimación en la causa por pasiva, pues insiste en señalar que, el municipio de Santiago de Cali, no puede ubicarse dentro de la relación jurídica de la promesa de compraventa, pues el municipio no hace parte de ese contrato, el cual solo fue suscrito entre la empresa Llano Verde Agroindustrial S.A.S y Emsirva S.A. en liquidación.

1.3 LLAMAMIENTO EN GARANTIA. El municipio de Santiago de Cali, en escrito separado solicito llamar en garantía a la Aseguradora Solidaria de Colombia, a fin de que se haga parte del proceso y concurra al pago total o parcial de los perjuicios que se llegaren a declarar como probados y por los cuales se llegaré a condenar al municipio por los supuestos perjuicios causados a la parte demandante con ocasión del acto administrativo integrado Decreto No 4112.010.20.0042 de febrero 6 de 2018 por medio del cual se anuncia la *“puesta en marcha del Proyecto Construcción de Centros de Desarrollo Infantil para la Atención Integral en el municipio Santiago de Cali”* que se desarrollaría con la finalidad de: 1) adquirir un predio para construir y adecuar un Centro de Desarrollo Infantil para la Atención Integral, el Decreto 4112 .010.20.0044 del 7 de febrero de 2018 *“por el cual se hace una oferta económica en ejecución del proyecto “Construcción de Centros de Desarrollo Infantil para la Atención Integral en el municipio Santiago de Cali”* y la Resolución 4112.010.21.0075 de noviembre 15 de 2018 *“por la cual se ordena una expropiación”*, ello con cargo a la póliza No 420-80-9940000000054 de responsabilidad civil extracontractual.

El Tribunal mediante auto de 13 de octubre de 2020 admitió el llamamiento en garantía solicitado contra la Aseguradora Solidaria de Colombia, esta última contestó el llamamiento en garantía, se opuso a las pretensiones y también llamó en garantía a Chubb Seguros Colombia S.A., SBS Seguros Colombia S.A. y HDI Seguros S.A. con ocasión del coaseguro que existe entre ellas respecto del distrito de Cali. Sin embargo, el 23 de mayo de 2022 la Aseguradora Solidaria desistió del llamamiento en garantía, desistimiento

que fue aceptado por el Tribunal mediante auto interlocutorio del 17 de enero de 2023.

1.4. AUDIENCIA INICIAL

El 27 de abril de 2023, se llevó a cabo la audiencia inicial, en la cual el Tribunal no encontró causal de nulidad que invalide la actuación. En atención a lo manifestado por la parte demandante y por el Ministerio Público, encontró procedente precisar sobre la figura de la acumulación de pretensiones relacionadas con los medios de control de controversias contractuales y reparación directa invocadas en la demanda y en esa línea procedió a fijar el litigio en los siguientes términos:

¿La decisión del distrito de Santiago de Cali de declarar de utilidad pública el predio la balstrera constituye un daño antijurídico que deba ser reparado?

En caso afirmativo ¿bajo qué título de imputación?

¿De condenarse al distrito de Santiago de Cali, se concreta el riesgo asegurado en el contrato de seguro por la llamada en garantía Aseguradora Solidaria de Colombia y hasta que monto debe concurrir al pago?

Frente a EMSIRVA en liquidación se determinará si:

¿La decisión de la administración distrital de declarar de utilidad pública el bien inmueble objeto de la promesa de compraventa celebrada entre las sociedades **Llano Verde Agroindustrial SAS** y **Emsirva E.I.C.E. E.S.P.**, justifica el incumplimiento contractual por parte de la entidad pública?

En caso afirmativo,

¿Hay lugar a reconocer los perjuicios reclamados, en qué monto y a cargo de cual o cuales de las entidades demandadas Distrito de Santiago de Cali o EMSIRVA EICE ESP en Liquidación?

¿Emsirva en liquidación debe pagar intereses moratorios sobre el valor del anticipo durante el tiempo en que tuvo el dinero en su poder?

En materia de pruebas, dispuso: - tener como tales las documentales aportadas con la demanda y las respectivas contestaciones, - negó el interrogatorio de parte de la representante legal de EMSIRVA EN LIQUIDACION E.S.P. y del alcalde del Distrito de Santiago de Cali, - decretó el interrogatorio de parte de los representantes legales de Llano Verde Agroindustrial S.A.S., y de Inversiones VELAR S.A., - decretó la prueba testimonial del señor HAROLD GARCIA asesor de EMSIRVA E.I.C.E. E.S.P., - Oficiar a la curaduría Urbana No. 3 para que allegue copia del expediente en el cual se tramitó la licencia de urbanización presentada por la empresa Llano Verde Agroindustrial SAS e igualmente allegue la Resolución No. CU3-011435 del 18 de julio de 2018 que resuelve el recurso de reposición contra la Resolución No. CU3-011-285 del 18 de mayo de 2018, - con respecto al dictamen pericial aportado por la parte demandante, indicó que se debía citar al **perito** a la audiencia de pruebas en la cual las partes podrán interrogar bajo la gravedad de juramento sobre los aspectos señalados en el artículo 228 del CGP, advirtiéndole que, si el perito no asiste a la mencionada audiencia, el dictamen no tendría valor, - decretó oficiar a las Curadurías urbanas No. 1, 2 y 3 de la ciudad de Cali para que informen: si la empresa Llano Verde Agroindustrial S.A.S., e Inversiones VELAR S.A, radicaron proyecto de urbanización y/o construcción del predio “La Balastrea” identificado con matrícula inmobiliaria No. 370-7952 y en caso afirmativo, anexe copia de la solicitud y copia de la licencia urbanística y manifieste cuales son las diferencias entre la licencia urbanística y esquema básico y los requisitos que cada una debe cumplir, - decretó la prueba pericial, tendiente a que dos (2) auxiliares de la justicia, profesionales en arquitectura o ingeniería civil y en contabilidad, realicen diagnóstico técnico científico y certifiquen la capacidad empresarial de los demandantes para la realización del proyecto urbanístico. Por lo que se oficiará a la Universidad del Valle facultades de Arquitectura, Economía e Ingeniería Civil para tal fin.

Pruebas de oficio: Solicitar al juzgado 15 Civil del Circuito de Oralidad de Cali, remitir copia íntegra del proceso de expropiación sobre el predio conocido de autos.

1.5. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, mediante sentencia de 11 de diciembre de 2023, se pronunció en el siguiente sentido:

PRIMERO: DECLARAR al distrito de Cali extracontractualmente responsable, a título de daño especial, por frustrar la oportunidad de Llano Verde Agroindustrial S.A.S de adquirir el dominio del predio La Balastrea.

SEGUNDO: DECLARAR al distrito de Cali extracontractualmente responsable, a título de daño especial, por frustrar la oportunidad de Inversiones Velar S.A. de ejecutar el “*Acuerdo privado para el desarrollo y comercialización del proyecto inmobiliario conjunto residencial La Balastrea*” suscrito con Llano Verde Agroindustrial S.A.S.

TERCERO: CONDENAR al distrito de Cali pagar indemnización, por pérdida de oportunidad, la siguiente suma de dinero:

\$385,192,990 (TRESCIENTOS OCHENTA Y CINCO MILLONES CIENTO NOVENTA Y DOS MIL NOVECIENTOS NOVENTA PESOS) para Llano Verde Agroindustrial S.A.S e Inversiones Velar S.A. Esta suma de dinero es para ambas empresas y no para cada una de ellas.

CUARTO: DECLARAR la falta de legitimación en la causa de Inversiones Velar S.A y el distrito de Cali en la pretensión de controversias contractuales.

QUINTO: DECLARAR terminado y liquidado el contrato de promesa de compraventa.

SEXTO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

SÉPTIMO: CONDENAR en costas al distrito de Cali. Las agencias en derecho de esta instancia se fijan en un (1) smlmv a la fecha de ejecutoria de la sentencia.

OCTAVO: ARCHIVAR el proceso previa anotación en el programa SAMAI y EXPEDIR las copias que soliciten las partes a los abogados que han venido actuando.

El *a-quo*, para resolver la litis abordó en su orden los siguientes temas:

(i) En cuanto a las pretensiones de controversia contractual, se remitió a la normatividad que aplica para los contratos celebrados por las empresas de servicios públicos y precisó sobre la limitación de la propiedad por declaratoria de utilidad pública, en especial su regulación contenida en la Ley 9 de 1989 que refiere al proceso de adquisición de inmuebles por enajenación voluntaria y expropiación administrativa.

Analizó lo relacionado con la legitimación en la causa por pasiva de Inversiones Velar y el distrito de Cali, para concluir que no son parte del contrato de promesa de compraventa cuyo incumplimiento se demandó, los que tampoco comparecieron para solicitar su nulidad absoluta, por ende declaró la falta de legitimación en la causa de las precitadas entidades en la pretensión de controversias contractuales.

En lo concerniente al contrato de promesa de compraventa celebrado entre las partes, indicó que está exceptuado de la Ley 80 de 1993 y se rige por las normas del derecho privado porque Emsirva en liquidación, en calidad de promitente vendedora, es una empresa de servicios públicos de aseo regulada por la Ley 142 de 1994 del orden municipal. Ello aunado, a que no corresponde a aquellos contratos que por disposición legal contenga cláusulas exorbitantes que lo circunscriba a la Ley 80 de 1993, y respecto del cual se configuró un evento constitutivo de fuerza mayor (acto de autoridad de declaratoria de utilidad pública) que exonera de responsabilidad a la entidad demandada por el incumplimiento del contrato de promesa de compraventa, lo cual le era imprevisible e irresistible.

(ii) Con respecto a las pretensiones de reparación directa, analizó lo relacionado con la responsabilidad del Estado derivada de actos administrativos que vulneran la igualdad en las cargas públicas, así como la vulneración de las cargas públicas al limitar el derecho de dominio por la declaratoria de utilidad pública y posterior expropiación, para luego concluir que frente a Llano Verde Agroindustrial SAS, se ocasionó un sacrificio que constituye un daño especial infringido por el distrito de Cali porque ella -no la generalidad de la población- frustró una expectativa en favor del interés general para la construcción de un centro de desarrollo infantil, es decir, que por motivos de igualdad debe ser indemnizado por el distrito de Cali.

Con relación a Inversiones Velar S.A. advirtió que si bien dicha empresa no fue parte de la promesa de compraventa, lo cierto es que está demostrado que había celebrado un *“Acuerdo privado para el desarrollo y comercialización del proyecto inmobiliario conjunto residencial La Balastrea”* que se ejecutaría en el predio, por ende, las mismas consideraciones que se tuvieron en cuenta para Llano Verde Agroindustrial SAS cobijan a Inversiones Velar S.A en el sentido de que el derecho amparaba el acuerdo suscrito entre ambas al punto que era ley para las partes el cual se frustró en favor de la comunidad.

Concluyó que procedía declarar al distrito de Cali extracontractualmente responsable, bajo el título de daño especial, por generar en las empresas demandantes la pérdida de oportunidad de adquirir el dominio del predio La Balastrea y su desarrollo inmobiliario. La indemnización por pérdida de oportunidad asciende a \$385,192,990.

En cuanto a la Aseguradora Solidaria de Colombia, indicó que no está llamada a responder, pues daño alegado se sucedió cuando la póliza de responsabilidad civil No. 994000000054, no estaba vigente.

1.6. LA IMPUGNACIÓN, los apoderados del distrito de Santiago de Cali, como de la parte demandante, recurrieron el fallo en apelación.

1.6.1. El distrito Especial de Santiago de Cali, solicita que se le exonere de toda responsabilidad, pues advierte que frente al reconocimiento de perjuicios que hiciera el Tribunal, se debe tener en cuenta la cláusula decima del contrato de promesa de compraventa, toda vez que, la promitente vendedora, esto es, la Empresa de Servicio Público de Aseo de Cali EMSIRVA E.S.P. en liquidación, fue quien tuvo que retractarse de la compra, en razón del proceso de expropiación que recayó sobre el predio La Balastrea, lo cual imposibilitó perfeccionar la promesa, lo cual debe analizarse con lo pactado en esa cláusula, para inferir que de acuerdo a lo pactado, Llano Verde Agroindustrial S.A.S renunció a cualquier tipo de reconocimiento, por tanto no tiene ninguna vocación de prosperidad lo pretendido con cargo a ese contrato, pues es imposible que el demandante pretenda un reconocimiento de perjuicios cuando desde el inicio renunció a éstos.

Advierte sobre la falta de legitimación en la causa por pasiva del distrito Especial de Santiago de Cali, pues éste no hace parte del contrato de promesa de compraventa, dado que quien lo suscribe es EMSIRVA E.S.P. En liquidación, esto es una entidad con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, por tanto su vinculación contractual no compromete para nada la responsabilidad del ente territorial: así como sobre la falta de legitimación en la causa por activa de la demandante sociedades Inversiones Velar S.A, pues está tampoco hizo parte del contrato de promesa de compraventa. Aún más, el hecho que ésta hubiese suscrito un acuerdo comercial con la sociedad Llano Verde Agroindustrial S.A.S, no la legitima por activa, y tampoco existe nexo entre el contrato de compraventa y la expropiación sobre el predio La Balastrea, dado que, el distrito de Santiago de Cali no tuvo conocimiento de la

existencia de un tercero, pues era deber de Llano Verde Agroindustrial poner en conocimiento de la entidad territorial el negocio jurídico civil celebrado entre esas empresas, lo cual no informó, con el agravante, que las demandantes tampoco presentaron recurso o medio de control para que se revisara la legalidad de los actos proferidos en el curso del proceso de expropiación.

Con respecto a la pérdida de oportunidad, no comparte las apreciaciones que en esa materia se dieron por el Tribunal, pues reitera que todo deviene de un negocio de carácter privado (contrato de promesa de compraventa), en el cual se pactó *“el no reconocimiento de suma alguna por concepto de intereses, corrección monetaria, cuatro por mil, indemnización de perjuicios de cualquier otra suma adicional bajo ningún título, en caso de retracto por parte del vendedor”*, por tanto, lo pactado no puede desconocerse, y en esa línea insiste en afirmar que el distrito de Cali, no puede ser declarado responsable en tanto no hace parte del contrato de promesa de compraventa.

Ello aunado a que la Alcaldía de Santiago de Cali, efectuó los trámites administrativos legales señalados en la Ley 388 de 1997, tendientes a la declaratoria de utilidad pública del predio, enviando los oficios a Llano Verde, con la oferta económica, sin embargo, además de no recibir respuesta alguna al respecto, se observó que dicha empresa envió comunicación a Emsirva solicitando la liquidación del contrato y de manera maliciosa solicitó al futuro comprador la liquidación bilateral de la promesa de compraventa, sin informar a la Alcaldía de Santiago de Cali de lo que venía aconteciendo.

1.6.2. Llano Verde Agroindustrial S.A.S. e Inversiones Velar S.A., manifiesta estar conforme 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, sin embargo, no comparte la “cuantía” de la reparación del daño por pérdida de oportunidad, pues alega que aquella se limitó a la adquisición del predio y al 10 % sobre la suma de \$ 2.803.200.000 M/cte, sin embargo, la reparación de la pérdida de oportunidad debe ser, omnicomprendensiva, esto es, que su cobertura abarca todo lo que dicha oportunidad implica, la cual estaba determinada en (i) la posibilidad de haber adquirido el predio La Balastrea y (ii) en todo caso 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 desarrollar un proyecto de urbanización, que consistía en la construcción y comercialización de bloques de apartamentos. Por tanto, en tal sentido, existía 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 este orden de ideas, solicita que 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.

Insiste en reclamar los demás perjuicios que fueron negados por el Tribunal, pues en su criterio de deben reconocer los “intereses” solicitados, puesto que está demostrado en el proceso, 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 y 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, pues 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 la parte demandante, daño que debe ser reparado, en congruencia con el principio de reparación integral.

Solicita además, que de la mano de la viabilidad de la indemnización del perjuicio de la pérdida de oportunidad, se le reconozca la valoración del lote, en clave del proyecto urbanístico que se iba a realizar.

Para concluir, advierte que al margen de la responsabilidad que se le imputa al distrito de Santiago de Cali, lo cierto es, que ello no puede exonerar 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, se presumen de ley, en concordancia jurisprudencial, pues no hacerlo 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 son de aplicación, tanto para los contratos estatales, como los de régimen exceptuado.

2. CONSIDERACIONES DEL MINISTERIO PÚBLICO

2.1 Problema jurídico

Para resolver la controversia jurídica, corresponde absolver en su orden los siguientes interrogantes **(i)** naturaleza jurídica del contrato de promesa de

compraventa suscrito el 1 de febrero de 2017 entre Emsirva E.S.P en liquidación y la Sociedad Llano Verde Agroindustrial S.A.S., y el régimen legal que le resulta aplicable, para luego establecer **(ii)** si procede reconocer o no los perjuicios reclamados por la parte actora a la luz de lo pactado en la clausula decima del precitado contrato, **(iii)** sentido y alcance de la responsabilidad extracontractual del Estado en aplicación del régimen objetivo (daño especial), para luego determinar **(iv)** si procede o no reconocer en aplicación de la teoría de perdida de oportunidad los perjuicios que reclama la parte demandante.

2.2. Con respecto al régimen jurídico que gobierna los contratos celebrados por las empresas de servicios públicos, resulta pertinente abordar su estudio desde la óptica constitucional, legal y tratamiento jurisprudencial, en tanto resulta importante para resolver los cuestionamientos que se invocan en los recursos de alzada.

2.2.1. Marco Constitucional

El artículo 365, establece:

“Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional.

Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios. Si por razones de soberanía o de interés social, el Estado, mediante ley aprobada por la mayoría de los miembros de una y otra cámara, por iniciativa del Gobierno decide reservarse determinadas actividades estratégicas o servicios públicos, deberá indemnizar previa y plenamente a las personas que en virtud de dicha ley, queden privadas del ejercicio de una actividad lícita.

2.2.2. Marco Legal

La Ley 142 de 1994 “*Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones*”, en los artículos 31 y 32 establecen, respectivamente:

“ARTÍCULO 31. RÉGIMEN DE LA CONTRATACIÓN². Los contratos que celebren las entidades estatales que prestan los servicios públicos a los que se refiere esta ley no estarán sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, salvo en lo que la presente ley disponga otra cosa.

Las Comisiones de Regulación podrán hacer obligatoria la inclusión, en ciertos tipos de contratos de cualquier empresa de servicios públicos, de cláusulas exorbitantes y podrán facultar, previa consulta expresa por parte de las empresas de servicios públicos domiciliarios, que se incluyan en los demás. Cuando la inclusión sea forzosa, todo lo relativo a tales cláusulas se regirá, en cuanto sea pertinente, por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993, y los actos y contratos en los que se utilicen esas cláusulas y/o se ejerciten esas facultades estarán sujetos al control de la jurisdicción contencioso administrativa³. Las Comisiones de Regulación contarán con quince (15) días para responder las solicitudes elevadas por las empresas de servicios públicos domiciliarios sobre la inclusión de las cláusulas excepcionales en los respectivos contratos, transcurrido este término operará el silencio administrativo positivo.

PARÁGRAFO. Los contratos que celebren los entes territoriales con las empresas de servicios públicos con el objeto de que estas últimas asuman la prestación de uno o de varios servicios públicos domiciliarios, o para que sustituyan en la prestación a otra que entre en causal de disolución o liquidación, se regirán para todos sus efectos por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, en todo caso la selección siempre deberá realizarse previa licitación pública, de conformidad con la Ley 80 de 1993”

ARTÍCULO 32. RÉGIMEN DE DERECHO PRIVADO PARA LOS ACTOS DE LAS EMPRESAS. Salvo en cuanto la Constitución Política o esta Ley dispongan expresamente lo contrario, la constitución, y los actos de todas las empresas de servicios públicos, así como los requeridos para la administración y el ejercicio de los derechos de todas las personas que sean

² Artículo modificado por el artículo 3 de la Ley 689 de 2001.

³ La Corte Constitucional se declaró inhibida de fallar sobre el aparte subrayado de este inciso por el primer cargo por ineptitud de la demanda, mediante sentencia C-150-03 de 25 de febrero de 2003.

socias de ellas, en lo no dispuesto en esta Ley, se registrarán exclusivamente por las reglas del derecho privado.

La regla precedente se aplicará, inclusive, a las sociedades en las que las entidades públicas sean parte, sin atender al porcentaje que sus aportes representen dentro del capital social, ni a la naturaleza del acto o del derecho que se ejerce

(...)"

2.2.3. Tratamiento y evolución jurisprudencial sobre el régimen jurídico aplicable a los contratos de las empresas los de servicios públicos domiciliarios.

El Consejo de Estado⁴, frente al tema en cuestión ha señalado:

La Sala Plena del Consejo de Estado, en providencia de 23 de septiembre de 1997, definió el alcance de esa norma en el sentido de que por regla general los contratos de los prestadores de servicios públicos domiciliarios estaban sometidos al derecho privado y a la justicia ordinaria, con algunas excepciones entre las cuales se encuentra la de aquellos regulados en los artículos 128 y siguientes de la Ley 142 de 1.994 es decir, los de condiciones uniformes, en los que identificó el derecho público como predominante y a la jurisdicción en lo Contencioso Administrativo como la competente para su juzgamiento.

Cabe recordar que el artículo 31 de la Ley 142 de 1994 no trajo consagración legislativa de atribución de competencia a la jurisdicción contencioso administrativa ni a la jurisdicción ordinaria, para conocer de las controversias que surgieran de los contratos celebrados por las Prestadoras de Servicios Públicos Domiciliarios, excepción hecha de los contratos en los que forzosamente se incluyeran cláusulas excepcionales.

Originalmente el artículo 31 de la Ley 142 nada dispuso en relación con atribución de competencia para dirimir las controversias derivadas de los contratos celebrados por las prestadoras estatales de servicios públicos domiciliarios. La norma se limitó a señalar a la jurisdicción contencioso administrativa como la competente para el control de legalidad de los actos en que se ejercitaran las cláusulas exorbitantes pactadas, previa orden o autorización de la respectiva comisión de regulación. El silencio frente a la atribución de competencias en relación con el juzgamiento de los contratos de esas empresas, llevó como se anotó atrás, al entendimiento de la

⁴ Sección Tercera- Subsección B, Sentencia de 15 de noviembre de 2011. Radicado 20001-23-31-000-1999-00764-01(21178)

jurisprudencia en el sentido de que al estar sometidos al derecho privado, su juzgamiento correspondía a la justicia ordinaria. **Posteriormente, con la modificación que a ese artículo introdujo el 3º de la Ley 689 de 2001, se logró aclarar el régimen de derecho aplicable a los contratos celebrados por las prestadoras de servicios públicos domiciliarios, para precisar que es el derecho privado,** pero también en esta oportunidad se guardó silencio en torno al tema de la jurisdicción competente para dirimir las controversias surgidas de esos contratos. Sólo se abordó el tema de atribución de competencias, igual que lo hizo la Ley 142, para señalar a la contencioso administrativa la de dirimir las controversias surgidas de los contratos en los cuales se incluyeran cláusulas excepcionales.

(...)

A esta modificación antecedió pronunciamiento de esta misma Sección en el sentido de que con independencia del régimen de derecho aplicable al contrato celebrado por empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, es decir que aunque lo fuera el derecho privado, su juzgamiento bien podía corresponder a la jurisdicción contencioso administrativa, para cuando el objeto contractual estaba afecto al cumplimiento de función administrativa. (...)

Por otra parte considera la Sala que la Ley 689 de 2001 no modificó los artículos 132-5 y 134b-5 del Código Contencioso Administrativo, a su vez modificados o adicionados por la Ley 446 de 1998, por cuanto la Ley 689 de 2001 fue expedida con el propósito de modificar expresamente algunas normas de la Ley 142 de 1994 y no modificó ni de manera expresa, ni tácitamente la Ley 446 de 1998 en el tema de atribución de competencia a la jurisdicción contencioso administrativa, para el conocimiento de las controversias surgidas de los contratos celebrados por las entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios cuando su finalidad esté vinculada directamente a la prestación del servicio. La Ley 446 de 1998 fue clara al referirse al tema del juzgamiento de las controversias surgidas de los contratos celebrados por las entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios, para atribuirle tal competencia a la jurisdicción contencioso administrativa, cuando la finalidad del contrato esté vinculada directamente a la prestación del servicio, mientras que la Ley 689 de 2001, como ya se anotó, fue escasa al referirse al tema dado que solo aludió a la competencia de la jurisdicción contencioso administrativa para conocer de los actos a través de los cuales se haga uso de las cláusulas excepcionales incluidas forzosamente en esos contratos. (...)

La precitada línea jurisprudencial, fue ratificada por el mismo Consejo de Estado, mediante sentencia de 19 de junio de 2019, Radicación número: 85001-23-31-001-2008-00076-01, al respecto precisó:

“El artículo 365 constitucional dejó en manos del legislador la disposición para definir el régimen jurídico aplicable a la prestación de los servicios públicos. **Legislador que, a través de la Ley 142 de 1994, decidió someter a un régimen privado** (salvo puntuales excepciones) los actos y los contratos de los prestadores de servicios públicos domiciliarios. Así, los artículos 325 y 316 de la Ley 142 de 1994, establecieron un régimen de derecho privado para los actos, los cuales “se regirán exclusivamente por las reglas del derecho privado”, y los contratos, que “no estarán sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”

2.3. Caso concreto – Hechos probados y análisis:

2.3.1. Se tiene la certeza que, nos encontramos frente a un contrato de promesa de compraventa, suscrito el 1 de febrero de 2017 entre la EMPRESA DE SERVICIOS PUBLICOS DE ASEO DE CALI - EMSIRVA E.S.P EN LIQUIDACION y el representante legal de la sociedad LLANO VERDE AGROINDUSTRIAL, sobre un bien inmueble de propiedad de EMSIRVA EN LIQUIDACIÓN, según Escritura Pública No. 3169 del 9- 09- 1976 de la Notaría Tercera de Cali, con la **Matricula Inmobiliaria No. 370-7952** de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Cali.

En la cláusula tercera se pactó el precio y la forma de pago, esto es, por un valor de \$4.672.000.000.00, que el PROMITENTE COMPRADOR pagaría así: a) el 20% a la firma de la Promesa de Compraventa, es decir la suma de \$934.000.400.00; b) el 5 de marzo del 2017 la suma de \$233.600.000.00; c) el 10% el 30 de abril de 2017 es decir la suma de \$467.200.000; d) el 15% el 30 de mayo del 2017 es decir la suma de \$700.800.000; e) el 30 de junio de 2017 la sumas de \$467.200.000; f) el 40% a la firma de la escritura pública el 30 de julio del 2017 por un valor de \$1.868.800.000; valores estos que se consignarían en la cuenta de ahorros No. 010-91717-7 del Banco de Occidente a nombre de EMSIRVA E.S.P EN LIQUIDACIÓN.

En la cláusula décima las partes pactaron:

“(…) el 10% del valor total de la venta, consignado por el inmueble objeto de este contrato se entiende recibida a título de arras, en caso que, EL PROMITENTE COMPRADOR desista de continuar con el negocio, se retracte o llegare a incurrir en cualquier tipo de incumplimiento, el presente documento de promesa de compraventa faculta a LA PROMITENTE VENDEDORA para que retenga a su favor dicha suma, sin que para ello medie ningún tipo de declaración judicial y se entenderá resuelta de pleno derecho, habilitándola para iniciar cualquier otro proceso de comercialización sobre el inmueble objeto de venta en el presente contrato. En el evento de celebrarse contrato de compraventa prometido, el valor entregado por el PROMITENTE COMPRADOR, se imputará al precio de venta del inmueble.

Las partes convienen igualmente que, en el evento que la, LA PROMITENTE VENDEDORA sea quien se retracte de la celebración del contrato de compraventa prometido, en razón a que, para la fecha pactada en el otorgamiento de la escritura de compraventa prometida, no se haya efectuado el saneamiento, o el levantamiento de las condiciones que impidan las transferencia del bien, devolverá sin doblar las arras entregadas por el PROMITENTE COMPRADOR, sin que haya lugar al reconocimiento de suma alguna por concepto de intereses, corrección monetaria, cuatro por mil, indemnización de perjuicios o cualquier otra suma adicional bajo ningún título. Tal devolución se hará dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la fecha de la comunicación en la cual la PROMITENTE VENDEDORA le informa al PROMITENTE COMPRADOR, que la venta no se realizará por la circunstancia señalada”

La precitada promesa de compraventa fue objeto de algunas modificaciones, que se concretaron en seis (6) OTRO SÍ, el primero, para modificar la cláusula TERCERA la cual quedó en los siguientes términos:

"TERCERA. PRECIO: que el precio por el cual se promete en venta el inmueble de que trata el presente contrato, es la suma total de CUATRO MIL SEISCIENTOS SETENTA Y DOS MILLONES DE PESOS (\$4.672.000.000) MONEDA CORRIENTE, valor que, EL PROMITENTE COMPRADOR, pagara así: El 20% a la firma de la promesa de compra venta, es decir la suma de NOVECIENTOS TREINTA Y CUATRO MILLONES CUATROCIENTOS MIL PESOS (\$934.400.000); el 5% el día 30 de marzo de 2017, es decir la suma de DOSCIENTOS TREINTA Y TRES MILLONES SEISCIENTOS MIL PESOS (\$233.600.000); el 10% el día 30 de abril de 2017, es decir la suma de CUATROCIENTOS SESENTA Y SIETE MILLONES DOSCIENTOS MIL PESOS (\$467.200.000); el 7.5% el día 30 de mayo de 2017, es decir la suma de TRESCIENTOS CINCUENTA MILLONES CUATROCIENTOS MIL PESOS (\$350.400.000); el 7.5% el día

20 de junio de 2017, es decir la suma de TRESCIENTOS CINCUENTA MILLONES CUATROCIENTOS MIL PESOS (\$350.400.000); el 10% el día 22 de julio, es decir la suma de CUATROCIENTOS SESENTA Y SIETE MILLONES DOSCIENTOS MIL PESOS (\$467.200.000); y el 40% restante en la firma de la escritura pública de compraventa del predio, es decir la suma de MIL OCHOCIENTOS SESENTA Y OCHO MILLONES OCHOCIENTOS MIL PESOS (\$1.868.800.000), PARÁGRAFO: Los dineros a pagar serán consignados a la cuenta de ahorros No. 010-91717-7 del Banco de Occidente a nombre de EMSIRVA E.S.P EN LIQUIDACIÓN con NIT. 890399030-3”

Con respecto a los restantes otro sí, se observa que se suscribieron con el único fin de modificar la fecha de la firma de la Escritura pública, para finalmente acordar en el otro si No 6, que la Escritura pública se suscribiría **el 3 de abril de 2018** a las 9:00 A.M. en la Notaría 22 del Círculo de Cali.

2.3.2. El 6 de febrero de 2018, el Alcalde municipal de Santiago de Cali, expidió el Decreto No 4112.010.20.0042, mediante el cual anuncia por motivos de utilidad pública el proyecto de construcción de centros de Desarrollo Infantil para la atención integral en el Municipio de Santiago de Cali, localizado en la avenida oeste No. 4-50 **con matrícula inmobiliaria No. 370-7952**. Consecuente con lo anterior, el Alcalde de Cali expide el Decreto No 4112.010.20.0044 de febrero 7 de 2018, mediante el cual hace una oferta económica en ejecución del mencionado proyecto.

2.3.3. El 23 de febrero de 2018, EMSIRVA E.S.P EN LIQUIDACION, informa al representante legal de LLANO VERDE AGROINDUSTRIAL S.A. lo siguiente:

"De la manera más atenta y teniendo en cuenta que de acuerdo a lo previsto en el artículo 1 de la Ley 95 de 1980, se ha producido un hecho constitutivo de fuerza mayor o caso fortuito, no imputable por consiguiente a ninguna de las partes consistente en que mediante el Decreto No. 4112.010.20.0042 del 6 de febrero de 2018 expedido legalmente por el señor Alcalde Municipal Maurice Armitage Cadavid se anuncia por motivos de utilidad pública el proyecto "Construcción de Centros de Desarrollo Infantil para la atención integral en el Municipio de Santiago de Cali" localizado en la Avenida 5 oeste No. 4-5 con Matrícula Inmobiliaria 370.7952 y posteriormente emite el

Decreto No, 4112.010.20.0044 del 7 de febrero de 2018 por medio de la cual se hace una oferta económica en ejecución del citado proyecto, con la consecuencia que la misma se inscribe en el Registro de Instrumentos Públicos en el citado folio de Matricula Inmobiliaria 370-7992 mediante anotación No. 009 del 8 de febrero de 2018, me permito solicitarle la realización de una reunión de trabajo el día 27 de febrero de 2018 a las 2:00 P.M."

En la reunión convocada para del 27 de febrero de 2018, Emsirva E.S.P En Liquidación, puso en conocimiento de la sociedad LLANOVERDE AGROINDUSTRIAL S.A.S, lo que estaba sucediendo y le hizo entrega de los decretos expedidos por el municipio de Santiago de Cali.

2.3.4. Llegado el día 3 de abril de 2018, fecha acordada mediante otro si No. 06 para celebrar el contrato de compraventa, se reunieron las partes en la Notaría 22 del Circuito de Cali y realizan una mesa de trabajo, de la cual levantaron un documento de entendimiento contractual en el cual se estipula de común acuerdo un término de espera que vence el día 10 de julio de 2018, a fin de evaluar la posibilidad de firmar la escritura en caso de que se hayan removido los obstáculos jurídicos que impiden el cabal cumplimiento del contrato o en caso contrario discutir la posibilidad planteada por el promitente comprador consistente en que el promitente vendedor proceda a efectuar la devolución de los dineros consignados.

2.3.5. Mediante oficio de fecha 10 de mayo de 2018 Emsirva E.S.P en Liquidación convoca al representante legal de LLANO VERDE AGROINDUSTRIAL S.A.S a una reunión, con el fin de efectuar la liquidación bilateral del contrato de PROMESA DE COMPRAVENTA. Se destaca lo siguiente:

"Teniendo en cuenta la imposibilidad de celebrar el mismo, por el acaecimiento de una fuerza mayor o caso fortuito, consistente en la expedición por parte del MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI del Decreto No. 4112.01020.0012 del 6 de febrero de 2018, por medio del cual se anuncia que por motivos de utilidad pública el proyecto de construcción de

centros de desarrollo infantil para la atención integral en el predio ubicado en la Avenida 5 No. 4-50 identificado con la Matricula Inmobiliaria No. 370-7952, actual predio de la balastera y **mediante el Decreto No. 4112.010.20.004 del 7 de febrero de 2018 por el cual se hace oferta de compra sobre el mencionado predio que fue debidamente registrada en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de la ciudad de Cali**, situación que fue comunicada a Usted oportuna y previamente al vencimiento del plazo señalado para la suscripción del a escritura Pública de Compraventa (3 de abril de 2018) mediante oficio 100.07.1-0181 del 23 de febrero de 2018"

2.3.6. El representante legal de Llano Verde Agroindustrial, mediante comunicaciones de 17 de mayo y 4 de julio de 2018, le manifiesta a Emsirva E.S.P. no estar de acuerdo con los precitados argumentos y lo insta a que proceda a cumplir lo pactado, pues le advierte que tienen unos derechos ciertos e indiscutibles y que en caso de ser desconocidos configuran cuantiosos perjuicios y solicitan para que no se causen más intereses moratorios, la devolución inmediata de los pagos realizados por \$2.803.200.000.

Según las pruebas que obran el proceso, se tiene por demostrado que, como consecuencia del precitado contrato de PROMESA DE COMPRAVENTA, Emsirva E.S.P. EN LIQUIDACION recibió la suma de \$2.803.203.000, como abono al precio total del inmueble, **suma que fue devuelta el 22 de agosto de 2018 por Emsirva E.S.P En Liquidación.**

2.3.7. El 15 de noviembre de 2018, el Alcalde del distrito Especial de Santiago de Cali, expidió la Resolución No. 4112.010.21.0075 "*POR LA CUAL SE ORDENA UNA EXPROPIACIÓN POR VÍA JUDICIAL EN EJECUCIÓN DEL PROYECTO "CONSTRUCCIÓN DE CENTROS DE DESARROLLO INFANTIL PARA LA ATENCIÓN INTEGRAL EN SANTIAGO DE CALI"*", en el artículo primero dispuso:

"Ordenar por motivos de utilidad pública y de interés social la expropiación judicial del inmueble identificado con la Matricula Inmobiliaria No. 370-7952 ubicado en la Avenida 5 Oeste No. 4-50 comuna

1 con numero de Escritura Publica 3169 de septiembre 9 de 1976 de la Notaría Tercera del Círculo de Cali **de propiedad de EMPRESA MUNICIPAL DE SERVICIOS VARIOS - EMSIRVA - En Liquidación**".

Dicha Resolución fue publicada en el Boletín Oficial No. 180 en noviembre 16 de 2018 y notificada personalmente a la representante legal de EMSIRVA EN LIQUIDACIÓN el 23 de noviembre de 2018.

2.3.8. El municipio de Cali presentó demanda de expropiación judicial que cursó ante el Juzgado Quince Civil del Circuito de Oralidad de Cali con radicación No. 76 001 32 33 015 0042-00. En dicho proceso las empresas Llano Verde Agroindustrial SAS e Inversiones Velar S.A, intervinieron como terceras excluyentes para que el municipio de Cali les indemnizara los perjuicios por no ejecutar la promesa de contrato de compraventa. El precitado Juzgado, mediante sentencia de 2 de diciembre de 2021, se pronunció en el siguiente sentido:

“PRIMERO: RECHAZAR por improcedentes las excepciones formuladas por EMSIRVA EICE ESP en liquidación atendiendo los argumentos expuestos anteriormente.

SEGUNDO: NEGAR por improcedente las pretensiones de LLANO VERDE AGROINDUSTRIAL SAS. e INVERSIONES VELAS SAS. de conformidad con la parte motiva de este fallo.

TERCERO: DECRETAR por causa de utilidad pública o interés social a favor del MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI, SECRETARIA DE EDUCACION MUNICIPAL la EXPROPIACIÓN JUDICIAL del predio denominado La Balastrea, ubicado en la AVENIDA 5ª OESTE No. 4 – 50 Barrio Terron Colorado, de Cali, identificado con M.I. No. 370-7952 con un área de 12.000 m2 comprendido dentro de los siguientes linderos: NORTE: en extensión de 198.50 metros, OCCIDENTE: en 87 METROS, ORIENTE: en 90,50 metros, con terrenos de la sociedad vendedora en el momento ALFONSO VALLEJO LTDA, SUR: en extensión de 122,30 metros por la vía o calle principal que conduce al barrio Terrón Colorado, hoy avenida 5 oeste. Numero predial B-072703730000

CUARTO: FIJAR como valor de la indemnización la suma de CINCO MIL SESENTA Y TRES MILLONES DE PESOS (\$5.063.000.000) valor que corresponde al avalúo del inmueble objeto de expropiación, obrante en la demanda.

QUINTO: DECRETAR la cancelación de los gravámenes, embargos e inscripciones que recaigan sobre el terreno materia de expropiación. Para el efecto se libraré oficio al señor Registrador de Instrumentos Públicos de Cali.

SEXTO: Ejecutoriada la sentencia y como quiera que ya existe la consignación realizada a órdenes del Juzgado, se resolverá sobre la entrega definitiva del bien objeto de la expropiación, tal como lo dispone el numeral 9 del artículo 399 del C. G. del Proceso.

SEPTIMO: ORDENAR que, una vez ejecutoriada esta sentencia, sea registrada en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Cali, junto con el acta de entrega definitiva del referido predio, entrega que se dispone efectuar a través de la respectiva comisión que se ordena librar para tal fin. Líbrese despacho comisorio por secretaría, si a ello hubiere lugar.

OCTAVO: La indemnización a que tienen derechos los demandados será cancelada a sus beneficiarios una vez cumplido lo dispuesto en el numeral antecedente, lo anterior de conformidad con lo dispuesto en el numeral 8º del Art. 399 del C. G. del Proceso.

NOVENO: Cumplido lo anterior se ordena el archivo del expediente, previas las anotaciones del egreso del proceso.

DECIMO: La decisión adoptada se notifica en estrados”.

Del contenido y alcance de la audiencia contentiva de la precitada sentencia, se advierte que la expectativa de las empresas Llano Verde Agroindustrial SAS e Inversiones Velar S.A, que intervinieron como terceras excluyentes no fue reconocida en el proceso de expropiación porque la promesa de compraventa no le otorgaba derechos reales sobre el bien, cuya compensación solo procedía frente a los titulares de esta clase de derechos, por ende carecían de legitimación en la causa por activa, advirtiéndose por el Despacho que, el proceso de expropiación no era el escenario adecuado para solicitar las pretensiones invocadas, lo cual permite inferir que la sentencia del 2 de diciembre de 2021 proferida por el Juzgado Quince Civil del Circuito de Cali no constituye cosa juzgada, dado que en éste no se invocaron pretensiones de reparación directa con fundamento en la vulneración de las cargas públicas.

2.3.9. A margen de lo anterior, se observa que el 9 de junio de 2017, las empresas Llano Verde Agroindustrial SAS e inversiones Velas S.A., suscribieron un “*Acuerdo privado para el desarrollo y comercialización del proyecto inmobiliario conjunto residencial La Balustrera*”, del que se destacan los siguientes apartes:

“Llano Verde Agroindustrial SAS está obligada a:

Realizar los aportes de que trata este Acuerdo en el plazo aquí establecido, efectuando la transferencia a título de fiducia mercantil (...) del lote sobre el cual se construirá el proyecto. Lo que incluye materializar la promesa de compraventa que tiene como objetivo la adquisición del predio denominado La Balustrera (...)

Inversiones Velar S.A está obligada a:

(...) La realización de las preventas de El Proyecto que aseguren el punto de equilibrio, la gerencia técnica, la contratación del personal idóneo y profesional que se encargará de la construcción del proyecto (...).”

2.4 Pertinencia de las pretensiones:

2.4.1 Controversia en materia contractual

El panorama probatorio que se deja expuesto, resulta suficiente para concluir que el contrato de promesa de compraventa suscrito el 1 de febrero de 2017 entre la EMPRESA DE SERVICIOS PUBLICOS DE ASEO DE CALI - **EMSIRVA E.S.P EN LIQUIDACION** y el representante legal de la sociedad LLANO VERDE AGROINDUSTRIAL, se encuentra gobernado por las normas de derecho privado, bajo el entendido que por disposición legal los contratos de los prestadores de servicios públicos domiciliarios están sometidos al derecho privado y en el caso concreto, quien funge como promitente vendedora, es una empresa de servicios públicos de aseo regulada por la Ley 142 de 1994, aunado a que frente al precitado contrato no se advierte que por disposición legal deba contener cláusulas exorbitantes que lo circunscriba a la Ley 80 de 1993.

En esa línea se destaca, lo establecido en el artículo 1602 del Código Civil:

"Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales"

Lo cual permite inferir que, los contratos se celebran para ser cumplidos y, como consecuencia de su fuerza obligatoria, el que las partes deban ejecutar las prestaciones que emanan de él en forma íntegra, efectiva y oportuna, de manea que, el incumplimiento de las mismas, por falta de ejecución o ejecución tardía o defectuosa, es sancionada por el orden jurídico a título de responsabilidad subjetiva y por culpa, que sólo admite exoneración, en principio, por causas que justifiquen la conducta no imputables al contratante fallido (fuerza mayor, caso fortuito, hecho de un tercero o culpa del cocontratante, según el caso y los términos del contrato).

Sobre los eximentes de responsabilidad en materia contractual, el artículo 64 del Código Civil, establece:

“FUERZA MAYOR O CASO FORTUITO. Se llama fuerza mayor o caso fortuito el imprevisto o que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, **los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público**, etc”.

(Resaltado y subrayado ajeno al texto original)

A su turno el inciso segundo del artículo 1603 del Código Civil, establece:

“RESPONSABILIDAD DEL DEUDOR (...) **El deudor no es responsable del caso fortuito**, a menos que se haya constituido en mora (siendo el caso fortuito de aquellos que no hubieran dañado a la cosa debida, si hubiese sido entregado al acreedor), o que el caso fortuito haya sobrevenido por su culpa. La prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; la prueba del caso fortuito al que lo alega.

Todo lo cual, sin embargo, se entiende sin perjuicio de las disposiciones especiales de las leyes, y de las estipulaciones expresas de las partes”

Concomitante con lo descrito en la normativa a la luz de lo probado en el proceso, es viable inferir que en el caso sub examine se configuró un evento constitutivo de fuerza mayor que exonera de responsabilidad a EMSIRVA E.S.P EN LIQUIDACION, en su condición de PROMINENTE VENDEDORA, por el incumplimiento del contrato de promesa de compraventa, en concreto el acto de autoridad al declarar de utilidad pública un bien, lo cual se concretó en los actos administrativos expedidos por el Alcalde de Santiago de Cali, contenidos en los **Decretos No. 4112.01020.0012 del 6 de febrero de 2018**, por medio del cual se anuncia que por motivos de utilidad pública el proyecto de construcción de centros de desarrollo infantil para la atención integral en el predio ubicado en la Avenida 5 No. 4-50 identificado con la Matricula Inmobiliaria No. 370-7952, actual predio de la balastera y **el No. 4112.010.20.004 del 7 de febrero de 2018** por el cual se hace oferta de compra sobre el mencionado predio que fue debidamente registrada en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de la ciudad de Cali, actos de autoridad que le eran imprevisibles e irresistibles a EMSIRVA, pues no se demostró que ésta conociera de los planes del municipio de Cali tendientes a declarar el predio de utilidad pública y mucho menos que a pesar de ello hubiese celebrado la promesa de compraventa o continuado con la ejecución de la misma, ello aunado a que la inscripción del Decreto No. 4112.010.20.0044 del 7 de febrero de 2018, *“por el cual se hace una **oferta económica en ejecución del proyecto (...)**”, restringió el dominio que Emsirva tenía sobre el predio”, se trató de un hecho irresistible para la promitente vendedora, máxime cuando la inscripción de la oferta económica ocurrió en vigencia de la promesa de compraventa, lo cual era un evento insuperable para las partes contratantes.*

Dentro del contexto anotado, surge evidente concluir que EMSIRVA E.S.P En LIQUIDACION en su condición de promitente vendedora no es responsable por el el incumplimiento de la promesa de compraventa, pues ello obedeció a un evento de fuerza mayor que le fue imprevisible e irresistible, en cuyo caso, surge imposible aplicar la cláusula décima de la promesa de compraventa, como lo reclama la parte demandante en su recurso de alzada, y en esa medida, no se le puede obligar a pagar indemnización de perjuicios, compensación o intereses en los términos reclamados por LLANO VERDE AGROINDUSTRIAL SAS.

Al margen de lo anterior, se destaca que razón le asiste al municipio de Santiago de Cali en su recurso de alzada, cuando advierte sobre la falta de legitimación en la causa por pasiva del ente territorial, así como de la falta de legitimación por activa de la empresa Inversiones Velar S.A., frente a la reclamación que se hace en ejercicio del medio de control de controversias contractuales, pues del contenido y alcance del contrato de promesa de compraventa, surge por demás evidente que ninguna de ellas funge como promitente vendedora, como tampoco como promitente vendedora, las que además no concurrieron como terceras interesadas para solicitar la declaratoria de nulidad absoluta del contrato, lo cual es razón suficiente para declarar, como se hiciera en la sentencia recurrida, su falta de legitimación en la causa por pasiva y por activa, respectivamente.

2.4.1 Controversia en materia de reparación directa:

El municipio de Cali, en su recurso de alzada advierte que obró acorde a derecho, pues efectuó los trámites administrativos legales señalados en la Ley 388 de 1997, tendientes a la declaratoria de utilidad pública del predio y su posterior expropiación, enviando los oficios a Llano Verde, con la oferta económica, sin embargo, afirma que dicha empresa actúo manera maliciosa, sin informar a la Alcaldía de Santiago de Cali de lo que venía aconteciendo.

A su turno la parte demandante, manifiesta estar 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), pero no comparte la “cuantía” de la reparación del daño por pérdida de oportunidad, pues afirma que ésta debe ser, omnicomprendiva, esto es, que su cobertura abarca todo lo que dicha oportunidad implica, y solicita que dicho perjuicio 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 Balustrera.

Para resolver sobre la problemática planteada, corresponde como paso previo y necesario abordar el estudio sobre la responsabilidad del Estado que surge de actos administrativos de los que no se cuestiona su legalidad, pero que si pueden tener efectos colaterales como la vulneración de la igualdad frente a las cargas públicas.

El Consejo de Estado⁵, frente al punto en cuestión, ha señalado:

“cuando se alega la existencia de un daño especial a partir de la expedición de un acto administrativo, no se acusa su legalidad sino únicamente la reparación de los perjuicios que se han generado con ocasión del desequilibrio de las cargas públicas impuestas al administrado, por lo cual no resulta procedente hacer uso de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, sino acudir a la de reparación directa”

El Consejo de Estado⁶, también ha precisado que en materia de expropiación por motivos de utilidad pública, puede generar responsabilidad del Estado por vulnerar la igualdad en las cargas públicas, bajo el entendido, que dicha

⁵ Sentencia del 3 de diciembre de 2020, Sección Primera del Consejo de Estado. Radicación número: 19001-23-31-000-2010-00097-01

⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 9 de mayo de 2012, expe. 21906

afectación “implica una limitación de los derechos de los particulares, se deberá mantener el equilibrio de las cargas públicas, equilibrio que se puede garantizar por el mismo ordenamiento jurídico al establecer compensaciones tarifarias o bien por el juez al momento de analizar el alcance de la intervención estatal, ya sea mediante el análisis de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho cuando se cuestione la legalidad del acto que hace efectiva la afectación, o mediante la acción de reparación directa cuando quiera que se alegue la responsabilidad del Estado por la declaratoria de afectación al interés general. Como consecuencia de ello la responsabilidad del Estado por violación del equilibrio de las cargas públicas podrá realizarse, en muchos eventos, en aplicación de la teoría del daño especial. (...) Por lo tanto, para determinar en qué medida una afectación al interés general tiene alcances expropiatorios se deberá determinar como parámetro definitorio si, una vez realizada la afectación, el titular del derecho real sobre el bien cuenta con una genérica utilidad privada de carácter económico, cuyo alcance deberá ser establecido por el juez en cada caso concreto”

Tal y como se precisó en la sentencia recurrida, si bien el Código General del Proceso en su artículo 399 limita el proceso de expropiación para efectos de la compensación económica a:

“los titulares de derechos reales principales sobre los bienes y, si estos se encuentran en litigio, también contra todas las partes del respectivo proceso.

Igualmente se dirigirá contra los tenedores cuyos contratos consten por escritura pública inscrita y contra los acreedores hipotecarios y prendarios que aparezcan en el certificado de registro.

También lo es, que según orientación jurisprudencial del Consejo de Estado⁷, resulta procedente la acción de reparación directa cuando la indemnización pretendida se realice por quien no tiene la titularidad de derechos reales

⁷ Sección Primera, Sentencia del 18 de julio de 2019, Radicación número: 05001-23-31-000-2004-04088-01

sobre el inmueble y se alegue el presunto daño causado a otros derechos que resulten afectados por el proceso de expropiación;

[...] Al respecto conviene precisar que la expropiación tiene por objeto la adquisición por parte del Estado, del derecho de propiedad⁸ de un bien necesario para la satisfacción del interés público; por tanto, comprende todas las facultades inherentes a este, el principal de los derechos reales, cuales son la de usar, gozar y disponer del bien, que pueden estar radicadas en un solo sujeto o en varios. [...]

En tales condiciones, la adquisición de todas las facultades que integran el derecho real de dominio comporta para sus titulares el derecho a ser indemnizados; por lo tanto, resulta procedente que todos ellos intervengan en el correspondiente proceso de expropiación, para lograr la efectividad de los mismos, en desarrollo de los principios constitucionales del debido proceso y del derecho de defensa.

[...] Frente a los terceros: Si bien, la norma indicada nada dijo sobre los tenedores sin título inscrito, esto significa que los mismos no serán considerados litisconsortes necesarios, pero nada obsta para que puedan intervenir en el respectivo proceso cuando se crean lesionados con la expropiación, en su condición de litisconsortes facultativos. (Artículo 52 C. de P.C.) En tales condiciones, la Sala precisa que no es acertado considerar que los titulares de derechos distintos al real de propiedad están privados de la posibilidad de intervenir en el proceso de expropiación. Se advierte sí que como algunos de esos intervinientes son facultativos, queda a salvo la posibilidad para ÉSTOS DE EJERCER EN PROCESO SEPARADO LA ACCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA DE REPARACIÓN DIRECTA, COMO SUCEDIÓ EN EL PRESENTE CASO [...]"

En el caso concreto, no existe duda que entre Llano Verde Agroindustrial S.A.S y Emsirva E.P.S En Liquidación, se celebró el contrato de promesa de compraventa con la obligación de suscribirlo y elevarlo a escritura pública en una fecha cierta y acordada por las partes, acuerdo comercial que tenía la connotación de una expectativa lícita, real y protegida por el ordenamiento jurídico, pero que, por motivos de fuerza mayor no se concretó, pues tal y como se probó en el proceso, la declaratoria de utilidad pública del predio prometido en venta y su posterior expropiación por parte del municipio de Santiago de Cali, frustró esa expectativa y afectó el principio de la igualdad

⁸ (pie de página de la cita) Definido por el artículo 669 del C.C. como "el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella arbitrariamente no siendo contra ley o contra derecho ajeno

de las cargas públicas, en detrimento de la referida empresa, lo cual se traduce en un daño antijurídico acaecido bajo el amparo del régimen de responsabilidad objetiva por daño especial, el cual debe ser indemnizado por el municipio de Santiago de Cali.

En esa misma línea procede reconocer indemnización por el daño antijurídico que le fue causado a Inversiones Velar S.A., pues tal y como lo precisó el Tribunal de primera instancia, si bien no se discute que dicha empresa no fue parte de la promesa de compraventa, surge evidente la existencia de un hecho demostrado, como fue que, entre Inversiones Velar S.A. y Llano Verde Agroindustrial S.A.S, se celebró un *“Acuerdo privado para el desarrollo y comercialización del proyecto inmobiliario conjunto residencial La Balstrera”*, respecto del predio que fue declarado de utilidad pública y su posterior expropiación por parte del municipio de Santiago de Cali, lo que sin duda afectó en igual medida la expectativa de desarrollar y comercializar el proyecto inmobiliario en favor de la comunidad.

En suma, acreditado el daño antijurídico imputable al municipio de Santiago de Cali en aplicación del régimen de responsabilidad objetiva por daño especial, procede reconocer los perjuicios causados a la parte demandante, para lo cual resulta pertinente analizar el sentido y alcance de la teoría de la pérdida de la oportunidad en los asuntos en los que se discute sobre la responsabilidad extracontractual del Estado.

El Consejo de Estado⁹, frente a la temática en cuestión ha precisado:

“(…) Así las cosas, existen dos variantes jurisprudenciales que han sido adoptadas por la posición mayoritaria de la Sección Tercera del Consejo de Estado y replicadas por la doctrina⁵⁴: la primera, con fundamento en la causalidad probabilística, afirma que la responsabilidad es proporcional en función de la probabilidad de la causa, esto es, que se imputa al actor una

⁹ Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. sentencia de 5 de abril de 2017. Radicado170012331000200000645-01

*fracción o porcentaje del perjuicio final, en virtud de la posibilidad de que con su conducta haya incidido en la producción del daño -teoría relacionada con la imputación; la segunda, considera que la pérdida de oportunidad representa un fundamento de daño, cuya reparación se efectúa no en función de la probabilidad de existencia del vínculo de causalidad entre el hecho dañoso y el daño final, **sino en función de la frustración de la expectativa legítima - teoría relacionada con el daño-**.*

(...) 13. *La pérdida de oportunidad: criterio alternativo de imputación basado en la causalidad probabilística*

13.1. *La teoría jurídica de la pérdida de oportunidad ha sido aplicada bajo esta postura para superar las dificultades probatorias de la relación causal entre la conducta del accionado y el daño final; dicho de otro modo, es un instrumento de facilitación probatoria aplicada a casos donde establecer la certeza del vínculo causal resulta una tarea imposible de alcanzar y, por ende, se imputa al actor de la conducta, el incremento de la probabilidad de haber ocasionado el daño -muerte, afectación a la integridad física o psíquica, etc.-, bajo el presupuesto de la causalidad probabilística .*

(...) 13.4. *En este orden, la diferencia de esta postura frente a otros casos de responsabilidad civil extracontractual del Estado donde se acredita el vínculo causal entre la falla y el resultado final, es que ante la incerteza de que la conducta negligente fue la causa del daño final, la pérdida de oportunidad figura como una técnica de facilitación probatoria que interviene como criterio alternativo de imputación del daño final en el porcentaje de probabilidades ciertas.*

(...) 14. *La pérdida de oportunidad como daño autónomo*

14.1. *Esta postura jurisprudencial al interior de la Sección Tercera del Consejo de Estado precisa que la pérdida de oportunidad es un daño en sí mismo con identidad y características propias, diferente de la ventaja final esperada o del perjuicio que se busca eludir y cuyo colofón es la vulneración a una expectativa legítima, la cual debe ser reparada de acuerdo al porcentaje de probabilidad de realización de la oportunidad que se perdió.*

Al respecto, la Sección Tercera del Consejo de Estado en sentencia del 11 de agosto de 2010⁶³, señaló:

La pérdida de oportunidad o pérdida de chance alude a todos aquellos eventos en los cuales una persona se encontraba en situación de poder conseguir un provecho, de obtener una ganancia o beneficio o de evitar una pérdida, pero ello fue definitivamente impedido por el hecho de otro sujeto, acontecer o conducta éste que genera, por consiguiente, la incertidumbre de saber si el efecto beneficioso se habría producido, o no, pero que al mismo tiempo da lugar a la certeza consistente en que se ha cercenado de modo irreversible una expectativa o una probabilidad de ventaja patrimonial; dicha oportunidad perdida constituía, en sí misma, un interés jurídico que si bien no cabría catalogar como un auténtico derecho subjetivo, sin duda facultaba a quien lo ha visto salir de su patrimonio —material o inmaterial— para actuar en procura de o para esperar el acaecimiento del resultado que deseaba, razón por la cual la antijurídica frustración de esa probabilidad

debe generar para el afectado el derecho a alcanzar el correspondiente resarcimiento. (...).

(...) 14.7. Por lo anterior, la Sala considera que el fundamento de la pérdida de oportunidad como daño autónomo, cuenta con dos componentes, uno de certeza y otro de incertidumbre: el primero, se predica respecto de la existencia de la expectativa, toda vez que esta debe ser cierta y razonable, al igual que respecto a la privación de la misma, pues en caso de no haber intervenido el hecho dañino infligido por el tercero, la víctima habría conservado incólume la esperanza de obtener en el futuro una ganancia o de evitar un menoscabo; y, el segundo, respecto a la ganancia esperada o el perjuicio que se busca evitar, pues no se sabe a ciencia cierta si se hubiera alcanzado o evitado de no haberse extinguido la oportunidad. Y es frente al primer componente que la pérdida de oportunidad cimienta no solo el carácter cierto y actual del daño sino que es el eje sobre el que rota la reparación proveniente de la lesión antijurídica a una expectativa legítima.

(...)

15. Elementos del daño de pérdida de oportunidad

15.1. En la decisión de la Sección Tercera del Consejo de Estado proferida el 11 de agosto de 2010 se trajo a colación los requisitos para estructurar el daño de pérdida de oportunidad, a saber: i) certeza respecto de la existencia de una oportunidad que se pierde; ii) imposibilidad definitiva de obtener el provecho o de evitar el detrimento; y iii) la víctima debe encontrarse en una situación potencialmente apta para pretender la consecución del resultado esperado.

15.2. En atención al precedente antes citado, la Sala considera necesario realizar las siguientes precisiones a efectos de reordenar los elementos constitutivos del daño de pérdida de oportunidad:

15.3. Falta de certeza o aleatoriedad del resultado esperado. En primer lugar, para determinar si se está en presencia de un daño de pérdida de oportunidad, es necesario establecer que, en efecto, el titular de la expectativa legítima se encontraba, para el momento en que ocurre el hecho dañino, en una situación de incertidumbre de recibir un beneficio o una ventaja esperada, o de evitar un perjuicio indeseado.

La oportunidad debe encontrarse en un espacio caracterizado por no existir certeza de que su resultado habría beneficiado a su titular, pero tampoco en el que sólo exista la conjetura de una mera expectativa de realización o evitación..

(...)

15.3.1. En ese orden de cosas, la falta de certeza o aleatoriedad del resultado esperado consistente en la obtención de un beneficio o la evitación de un perjuicio que se busca evitar es el primer elemento para proceder a estudiar los otros que se exigen para la configuración de la pérdida de oportunidad.

15.4. Certeza de la existencia de una oportunidad. En segundo lugar se debe constatar que, en efecto, existía una oportunidad que se perdió. La expectativa legítima debe acreditar inequívocamente la existencia de “una esperanza en grado de probabilidad con certeza suficiente”⁷¹ de que de no haber ocurrido el evento dañoso, la víctima habría mantenido incólume la expectativa de obtener el beneficio o de evitar el detrimento correspondiente

15.5. Pérdida definitiva de la oportunidad. En tercer lugar se debe acreditar la imposibilidad definitiva de obtener el provecho o de evitar el detrimento. Es indispensable que se tenga la certeza de que la posibilidad de acceder al beneficio o evitar el perjuicio fue arrancada definitivamente del patrimonio - material o inmaterial- del individuo tornándola en inexistente, porque si el beneficio final o el perjuicio eludido aún pendiera de la realización de una condición futura que conduzca a obtenerlo o a evitarlo, no sería posible afirmar que la oportunidad se perdió, ya que dicha ventaja podría ser aún lograda o evitada y, por ende, se trataría de un daño hipotético o eventual⁷³(...)”.

Posteriormente, en sentencia de 3 de noviembre de 2020¹⁰, la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado, sobre la pérdida de oportunidad considerado como un daño autónomo, determinó:

“(...) Para determinar el daño, la Sala debe referirse a los recientes pronunciamientos de esta Subsección, en los que definió la naturaleza de la pérdida de oportunidad como un daño, con identidad y características propias, que implica la vulneración de una expectativa o interés legítimo tutelados, que deben repararse. La pérdida de oportunidad debe contar con un grado de suficiencia que permita concluir que, la acción u omisión de la autoridad pública generadora de daño, disminuyó la probabilidad de ganar o, aumentó la de perder, de manera relevante para el derecho. Por lo que esta debe ser grave y seria, y solo habrá lugar a declarar la responsabilidad administrativa ante la extinción de una expectativa mediana o altamente probable que, en los eventos de prescripción de la acción penal, se analizará teniendo en cuenta momento procesal en el que fue decretada. [...] Para la existencia del daño como pérdida de oportunidad debe acreditarse entonces: 1) la aleatoriedad del resultado, esto es, la incertidumbre respecto a si el beneficio se iba a conseguir o si el perjuicio se iba a evitar; 2) la certeza respecto de la oportunidad propiamente dicha, es decir que, en ausencia del hecho dañoso, la víctima habría mantenido intacta la expectativa de obtener un provecho o de evitar un perjuicio y 3) que la oportunidad de evitar esa aminoración o de obtener un provecho, se extinguió de manera irreversible para la víctima, toda vez que, si la ventaja aún era susceptible de ser lograda o el perjuicio de ser evitado, se estaría en presencia de un daño eventual (...)”.

En el caso concreto, la parte demandante reclama la reparación de la pérdida de oportunidad, lo que en su criterio abarca la cobertura determinada por la posibilidad de haber adquirido el predio La Balastrea y en todo caso la utilidad que se hubiese derivado de dicha adquisición, aspecto que incluye la

¹⁰ Radicación: 66001-23-31-000-2011-00433-01(48942)

finalidad que motivo la compra del predio por parte de la empresa Llano Verde Agroindustrial, que consistía en la construcción y comercialización de bloques de apartamentos, partiendo del guarismo del 60%, aplicándose, no sólo al valor pagado respecto del predio, sino también la utilidad esperada y la valoración que, como fruto del proyecto urbanístico, tendría el predio la Balastera.

En concepto del Ministerio Público, el fundamento de la pérdida de oportunidad debe analizarse como daño autónomo, el cual surge de la existencia de una expectativa, cierta y razonable, y la privación de la misma, pues de no haberse declarado de utilidad pública y su posterior expropiación del inmueble prometido en venta, se hubiese podido adquirir el dominio del predio La Balastera y la probabilidad de ejecutar el acuerdo privado para el desarrollo y comercialización del proyecto inmobiliario conjunto residencial en dicho predio, en favor de la comunidad.

En esa línea, esta agencia Fiscal, comparte las apreciaciones del Tribunal, cuando advierte que la *“declaratoria de utilidad pública ocurrió cuando el predio no era de Llano Verde, luego el daño en ese momento fue la pérdida de oportunidad de adquirir el dominio del predio. Se trata de una pérdida de oportunidad porque era alta la probabilidad de que se ejecutara la promesa de compraventa, expectativa real, seria, relevante y protegida por el ordenamiento jurídico”*. El cual calculó con criterio de equidad a la luz de lo establecido en el artículo 16 de la Ley 446, acudiendo para ello, a las arras de retracto de la promesa de compraventa como un parámetro objetivo para cuantificar la pérdida de oportunidad de las demandantes *“El 10% del valor total de la venta, consignado por el inmueble objeto de este contrato, se entiende recibido a título de arras”*, lo cual aplicó frente a la suma que alcanzó a pagar Llano Verde por valor de \$2.803.200.000, monto que fue devuelto por motivo de la declaratoria de utilidad pública, para luego concluir que *“la pérdida de oportunidad para las empresas demandantes se estima en*

\$280,320,000", cifra frente a la cual procede su actualización desde el 22 de agosto de 2018, fecha en la cual Emsirva E.S.P En Liquidación devolvió el dinero.

En lo concerniente a la utilidad esperada derivada de la adquisición del predio, resulta una reclamación hipotética e imposible de cuantificar, pues de acuerdo a lo probado no se tenían licencias de urbanización y/o construcción a favor de las demandantes, tan solo el esquema básico expedido por el departamento administrativo de Planeación municipal como mecanismo de planificación urbana a petición de los interesados.

Con respecto a la valoración que reclama la parte actora como fruto del proyecto urbanístico que tendría el predio la Balastera, esta agencia del Ministerio Público, advierte la imposibilidad de atender tal reclamación, pues dicho bien inmueble nunca fue de propiedad de la parte demandante, por lo que no se entiende el por qué se solicita el reconocimiento del presunto valor actual del bien.

Cabe destacar que la valorización que tuvo el predio desde el momento en que se inició el contrato de promesa de compraventa, a la actualidad, constituye un factor propio de quien ostente la calidad de propietario, no de quien a base de expectativas, se repute como un futuro y posible propietario.

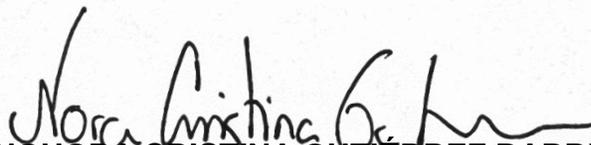
En relación con los intereses que reclama bajo el entendido que la Empresa de Servicios Públicos Emsirva sólo devolvió los dineros pagados el 22 de agosto de 2018 y que según el máximo legal reportan un valor de \$1.008.781.000, esta agencia del Ministerio Público advierte que tal reclamación no está llamada a prosperar, pues se explicó y analizó en precedencia ello corresponde a un tema que solo resulta posible dirimir en razón de la controversia contractual y respecto de la cual se concluyó que no

era posible reclamar por el acaecimiento de un evento de fuerza mayor que exonera de responsabilidad contractual a la Promitente Vendedora.

CONCLUSIÓN

En virtud de lo anterior, el Ministerio Público solicita al H. Sala confirmar sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, pero atendiendo las razones expuestas en el presente concepto.

Del Honorable Consejo de Estado, respetuosamente



NOHORA CRISTINA GUTIÉRREZ BARRERA

Procuradora Delegada de Intervención 6. Primera ante el Consejo de Estado

NCGB/RYPHC