

Distrito de Santiago de Cali, 21 de abril de 2024

Doctor
MARTIN BERMUDEZ MUÑOZ
Consejero Ponente
Consejo de Estado, Sección Tercera- Subdirección B
Bogotá D.C

RADICADO: _____ 76001-23-33-000-2018-01199-01
ACCION: _____ CONTROVERSIAS CONTRACTUALES
DEMANDANTE: _____ LLANO VERDE AGROINDUSTRIALES S.A.S E
INVERSIONES VELAR S.A
DEMANDADO. _____ DISTRITO ESPECIAL DE SANTIAGO DE CALI Y EMSIRVA
E.I.C.E. EN LIQUIDACION

LUZ ELENA FERNANDEZ MAYOR -mayor de edad y vecina de Cali, con cedula de ciudadanía Nro. 31.882.312 de Cali y Tarjeta Profesional Nro.54.178 del CSJ, actuando como apoderada judicial del Distrito de Santiago de Cali, me permito presentar mis consideraciones finales del proceso de la referencia de conformidad con lo señalado en el artículo 247 numeral 4 del CPACA:

PRETENSIONES DE LA DEMANDA

Consideran los actores que Emsirva E.S.P. en Liquidación y el Municipio de Cali, deben ser condenados al pago:

1) De los daños patrimoniales y extrapatrimoniales causados a los actores por acción y omisión en razón a la imputación subjetiva – falla en el servicio – y objetiva – daño especial y como consecuencia deben ser condenadas por concepto de perdida de oportunidad respecto a la utilidad final esperada por el desarrollo del proyecto de urbanización y según el estudio de factibilidad por \$32.723.491.313.

2) Por concepto de lucro cesante por la valorización del lote por la suma de \$ 15.730.500.000.

3) Se declare la liquidación judicial del contrato de promesa de compraventa-

4) Se declare el incumplimiento contractual respecto del contrato de promesa de compraventa.

5) A cancelar los intereses moratorios equivalentes a \$1.008.871.000 así como la condena en costas.

Me permito pronunciarse en relación con el recurso de apelación formulado por los demás intervinientes de la siguiente manera:-

Como quiera que el supuesto daño alegado se relaciona directamente con la promesa de compraventa del predio la Balastrea, es importante precisar que la persona contra quien se dirige la demanda y en consecuencia la pretensión, debe ser el titular de la obligación que se le está reclamando, pues por ley es el obligado a reparar el daño, y en el presente proceso, con lo que obra en el expediente y la manifestación de la demanda, quien causó el supuesto daño fue EMSIRVA en liquidación, dicho por la propia parte demandante en su escrito, luego no fue el Municipio de Cali el que causó el daño ni a quien debe dirigirse la demanda, puesto que con la legislación civil no está obligado a reparar el daño por no haber participado materialmente en el contrato de promesa de venta que origina la formulación de la demanda. Se configura en este hecho la falta de legitimación en la causa por pasiva en relación con el Municipio de Santiago de Cali.

El artículo 281 del C.G.P establece la consonancia que debe existir entre: i) lo concedido en la sentencia, ii) lo afirmado y pedido en la demanda y en su contestación; y, iii) lo probado en el proceso; advirtiéndose que, si lo demostrado supera lo pedido, debe concederse esto último. Contrario sensu, si lo probado resulta inferior a lo reclamado, debe concederse sólo lo probado. La incongruencia entonces se predica cuando existen desajustes en los aspectos objetivo y causal, entre lo pedido, lo excepcionado y lo resuelto. Se advierte que la parte actora nunca solicitó en sus pretensiones que se le reconozca las arras de la promesa de compraventa.

Acudir a la equidad, va en contravía del principio de congruencia y del derecho de defensa, en tanto, al momento de la sentencia, es el juez quien define bajo su criterio, y sin pruebas, cuál fue el daño padecido por el demandante al dar por sentado el porcentaje de probabilidad perdida, sin que ello esté en consonancia con lo solicitado y probado en el proceso.

En la sentencia 278 de primera instancia del día 11 de diciembre del 2023 la honorable magistrada aduce en su escrito lo siguiente:

COSA JUZGADA.

"-En sentencia del 2 de diciembre de 2021 el Juzgado Quince Civil del Circuito de Cali resolvió la expropiación del predio. En este proceso las empresas Llano Verde Agroindustrial SAS e Inversiones Velar S.A intervinieron como terceras excluyentes

para que el municipio de Cali y Emsirva les indemnizaran los perjuicios por no ejecutar la promesa de contrato de compraventa.

-El juez civil negó las pretensiones de tales empresas porque solo tenían una expectativa sobre el predio y no eran las propietarias.

La sentencia resolvió: "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 (...) 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". -Certificado de tradición del predio objeto de debate en el que se demuestra la propiedad de Emsirva y la inscripción de la oferta de compra por parte del municipio: "(...) DIRECCIÓN DEL INMUEBLE Tipo de predio: URBANO 1) Avenida 5 oeste punto El Aguacatal actual la Balastrea ANOTACIÓN Nro 001 FECHA 25-11-1976 Doc: ESCRITURA 3169 DEL 09-09-1976 NOTARÍA 3 DE CALI ESPECIFICACIÓN: 104 DACIÓN EN PAGO DE: MUNICIPIO DE CALI A: EMPRESA MUNICIPAL DE SERVICIOS VARIOS EMSIRVA (...) Anotación: Nro 009 Fecha 08-02-2018 Radicación: 2018-12346 Doc: RESOLUCIÓN 0044 DEL 07-02-2018 ALCALDIA DE SANTIAGO DE CALI ESPECIFICACIÓN: OFERTA DE COMPRA EN BIEN URBANO: 0455 OFERTA DE COMPRA EN BIEN URBANO PERSONAS QUE INTERVIENEN EN EL ACTO DE: SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEL MUNICIPIO DE CALI".

Es decir, de acuerdo con los hechos interpuestos por el demandado en el Juzgado 15 Civil del Circuito y en la demanda del proceso de controversias contractuales existe identidad de objeto, identidad de causa e identidad jurídica de partes y ante el hecho de que ya existe un fallo que era favorable al Municipio de Santiago de Cali, Hoy Distrito de Santiago de Cali se considera que de conformidad con las normas existentes se tenía que dar cumplimiento a lo consagrado en el artículo 303 del C.P.C.A., que estipula lo siguiente: "...para que se configure la cosa juzgada es menester que haya identidad de objeto, identidad de causa e identidad jurídica de partes..." presupuestos que están consagrados en este proceso, a este respecto existen definiciones sobre cosa juzgada:

"La cosa juzgada se presenta cuando el litigio sometido a la decisión del juez ya ha sido objeto de otra sentencia judicial; produce efectos tanto procesales como sustanciales, por cuanto impide un nuevo pronunciamiento en el segundo proceso, en virtud del carácter definitivo e inmutable de la decisión, la cual, por otra parte, ya ha precisado con certeza la relación jurídica objeto de litigio. En otras palabras, "la cosa juzgada es una institución jurídico procesal mediante la cual se otorga a las decisiones plasmadas en una sentencia y en algunas otras providencias, el carácter de inmutables, vinculantes y definitivas. Los citados efectos se conciben por disposición expresa del ordenamiento jurídico para lograr la terminación definitiva de controversias y alcanzar un estado de seguridad jurídica". Esta Corporación ha

sostenido que el concepto de cosa juzgada "(...) hace referencia al carácter imperativo e inmutable de las decisiones que han adquirido firmeza, lo cual implica de suyo la imposibilidad de volver sobre asuntos ya juzgados, para introducir en ellos variaciones o modificaciones mediante la adopción de una nueva providencia". En consecuencia, es posible "(...) predicar la existencia del fenómeno de la cosa juzgada, cuando llega al conocimiento de la jurisdicción un nuevo proceso con identidad jurídica de partes, causa y objeto"

En cuanto a este aspecto concluyo que se debe de tener en cuenta lo preceptuado en el Código General del Proceso y las diferentes jurisprudencias al respecto.

Frente a los argumentos expuestos por el apoderado en su escrito de apelación que relaciono a continuación:

- 1) "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.

Igualmente, en la contestación de la demanda se estableció por parte de la apoderada del Distrito lo siguiente: "En respuesta a este hecho importa precisar que el acto administrativo 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 de Santiago de Cali." Fue notificado personalmente a la representante legal de la Empresa Municipal de Servicios Varios - EMSIRVA en liquidación.

Por su parte la resolución 4112.010.21.0075 de noviembre 15 de 2018 "por la cual se ordena una expropiación" la cual admitía recurso de reposición fue notificada personalmente a la representante legal de la Empresa Municipal de Servicios Varios -EMSIRVA en liquidación en fecha 23 de noviembre de 2018 sin que se interpusiera recurso alguno ni que se advirtiera a la Administración Municipal de la existencia otros titulares de derechos reales principales sobre el bien o que el predio se encontrara en litigio, tenedores cuyos contratos constasen por escritura pública inscrita o acreedores hipotecarios y prendarios que aparezcan en el certificado de registro".

2. El pte actora en su escrito de apelación que indica que "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."

Señala la Sentencia de primera instancia frente al hecho imprevisible:

"Fue un hecho **imprevisible** porque no está demostrado que la parte demandada conociera de los planes del municipio para declarar el predio de utilidad pública y sin embargo celebrara la promesa de compraventa."

Al respecto considero procedente que se revise lo planteado por el apoderado de la parte actora puesto que -la Empresa EMSIRVA EICE EN LIQUIDACION, era conecedora de las actividades que adelantaba Municipio de Santiago de Cali tal como se señala en el escrito de contestación de demanda.

No puede desconocerse que el Plan de Ordenamiento Territorial -Acuerdo 373 de 2014- POT- consagra en el artículo 19 la política de cobertura, acceso y equidad funcional determinando que las inversiones del municipio se orientaran en materia de servicios sociales y funcionales en pro de la equidad y la igualdad en el acceso a las oportunidades y servicios para toda su población, En el punto 2.4 del citado artículo se precisa que desde el Sistema de Equipamientos, literal e) "favorecer la localización de equipamientos con buen acceso al sistema de movilidad, buscando en particular fortalecer su conexión con las estaciones y terminales del Sistema Integrado de Transporte y d) Favorecer la ampliación y la generación de nuevos equipamientos a través de mayor aprovechamiento del suelo..."

Adicionalmente el artículo 172 ibidem, definió al predio la Balstrera como zona potencial para la ubicación de una estación de clasificación y aprovechamiento ECA así:

"Artículo 172. Ubicación de las Estaciones de Clasificación y Aprovechamiento (ECA). Se definen como zonas potenciales para la ubicación de las Estaciones de Clasificación y Aprovechamiento (ECA) las siguientes: (...) Zona nor-occidental: 1. La base operativa EMSIRVA en liquidación de la zona Centro, Balstrera Portada al Mar."

Aunado a lo anterior, en el Acuerdo 0431 de 2017, "Por el cual se expide el presupuesto general de rentas y recursos de capital y apropiaciones para gastos del municipio de Santiago de Cali, para la vigencia comprendida entre el 1 de enero y el 31 de diciembre del año 2028", el Concejo Distrital autorizó al Alcalde a:

5

n) Adquirir predios para el funcionamiento de las Estaciones de Clasificación y Aprovechamiento-ECA, dirigidas a la formalización de los Recicladores en cumplimiento de la Sentencia T-0291 de 2009.

o) Adquirir predios para el establecimiento de una estación de transferencia de residuos de construcción y demolición para la ubicación de estación de clasificación y aprovechamiento de residuos inorgánicos (centros de acopio).

En este caso EMSIRVA EN LIQUIDACION conocía que el predio tenía restricciones y el hecho que el Departamento Administrativo de Gestión de Medio Ambiente DAGMA, si descartó la compra del predio ello no quiere decir que el mismo dejara de ser considerado para un posible uso institucional para el Municipio de Santiago de Cali,

Con lo anterior se desvirtúa lo señalado en la sentencia de primera instancia que "Aunque la declaratoria de utilidad pública es un riesgo al ser una facultad del alcalde, no por ello se torna en previsible. Las circunstancias particulares del caso y lo probado en el expediente no indican que hubo actos que permitirían anticipar la decisión del alcalde. Tampoco está demostrado que al conocerse la decisión del alcalde la parte demandada continuará con la ejecución de la promesa de compraventa.". Se observa entonces que la expropiación, no fue insospechada o inesperada para EMISIVA en liquidación, en tanto que, se insiste, se demostró que EMSIRVA conocía o debía conocer las normas distritales y la alta probabilidad de expropiación del inmueble.

3. Imputación por daño especial.

No es cierto lo que señala la parte actora en su escrito de apelación, en el sentido que 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

Conforme se señaló en precedencia, EMSIRVA en liquidación tenía el conocimiento que le permitía advertir que el Municipio de Cali podía adquirir el bien acudiendo a la expropiación si no se obtenía por enajenación voluntaria.

Adicional a lo anterior, la entidad igualmente conocía con antelación la vocación para uso institucional del bien. En relación con la imprevisibilidad¹, se observa que en el asunto sub examine no se configura como quiera que el suceso que se alega como generador del daño, estaba previsto en el Acuerdo 373 de 2014- POT y el Acuerdo 0431 de 2017, ya citado.

¹ "... Imprevisible: cuando el suceso escapa a las previsiones normales, esto es, que ante la conducta prudente adoptada por quien lo alega, era imposible pronosticarlo o predecirlo..." Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, expediente 13.833, sentencia de 26 de febrero de 2004, C. P. Germán Rodríguez Villamizar

✓

Es requisito, para que se configure el daño en este evento excepcional, la demostración de los elementos de especialidad y anormalidad y, que dicha intervención generó un rompimiento del principio de igualdad.

Con relación a 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."

En cuanto a la responsabilidad civil contractual, es necesario que estuviese probada la existencia del vínculo jurídico entre las partes para identificar el tipo de obligación contraída. En el presente asunto, la promesa de contrato de compraventa fue suscrita de un lado por EMSIRVA EN LIQUIDACIÓN y de otro por lado por AGRÍCOLA LLANO VERDE S.A; en consecuencia al pretender INVERSIONES VELAR S.A. el reconocimiento y pago de una obligación de **la cual no es parte en el contrato de promesa de compraventa** no está legitimado en la causa por activa.

Frente a los argumentos expuestos, considero que se debe de tener en cuentas los plasmado en la contestación de demanda, las pruebas aportadas y la apelación sustentada dentro del término consagrado en la norma considerando que se debe proferir un fallo absolutorio en favor de mi representado Distrito Especial de Santiago de Cali.

Atentamente;


LUZ ELENA FERNANDEZ MAYOR
C.C Nro. 31882312
TP 54178 CSJ

