



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

legis

LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA

Magistrado Ponente

SC3889-2021

Radicación: 08001-31-03-005-2017-00160-01

(Aprobado en Sala virtual de diecinueve de agosto de dos mil veintiuno)

Bogotá, D. C., ocho (8) de septiembre de dos mil veintiuno (2021)

Se decide el recurso de casación interpuesto por Inverhav S.A.S., respecto de la sentencia de 10 de abril de 2019, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, Sala Civil-Familia, en el proceso seguido por la Agencia Nacional de Infraestructura -ANI- frente a la recurrente, con la citación de la Procuraduría General de la Nación y la intervención de Jorge Alberto Urrea Mejía en calidad de tercero *ad-excludendum*.

1. ANTECEDENTES

1.1. **Petitum.** La demandante solicitó decretar la expropiación de 18.0724 metros cuadrados de un predio de mayor extensión denominado Casa Blanca de propiedad de la interpelada, ubicado en el municipio de Puerto Colombia (Atlántico), el cual identifica; previa autorización para pagar el valor del precio establecido pericialmente.

1.2. **Causa petendi.** El terreno es requerido para construir un proyecto vial, según ficha predial levantada por la Concesión Costera Cartagena Barranquilla. La Lonja de Bienes Raíces de Cartagena y Bolívar avaluó el área pretendida en \$7.775'228.625, las edificaciones en \$77'871.760 y los cultivos en \$449'598.000, para un total de \$8.302'698.385. La demandada no llegó a ningún acuerdo para la enajenación voluntaria.

1.3. **Contestación de la demanda.** La accionada puso de presente varias circunstancias. El derecho derivado de un título minero en una extensión de 410.9 hectáreas, comprensivo de la franja pedida; la falta de respuesta a las solicitadas aclaraciones al peritaje de la actora; la improcedencia de deducir plusvalía; un avalúo de \$12.583'626.760 y un lucro cesante de \$54.804'227.657, conforme al dictamen rendido por Camalonjas Nacional.

1.4. **Fallo de primer grado.** El Juzgado Quinto Civil del Circuito de Barranquilla, el 28 de agosto de 2018, negó las súplicas del tercero excluyente; decretó la expropiación y fijó

el daño emergente, el valor del terreno y demás, en \$13.178'099.760, así como el lucro cesante, la actividad minera, en \$40.894'399.140; y ordenó lo necesario para dejar a salvo una servidumbre que resultaba afectada.

1.4.1. Criticó los dictámenes evacuados en punto del avalúo del área involucrada. El aportado con la demanda, al disminuir plusvalía sin tomar un valor comparativo, dividir el terreno en zonas fisiográficas siendo de igual naturaleza geoeconómica y no tener en cuenta una servidumbre. El allegado con la réplica, al perder autonomía conceptual, pues se basó en la versión del extremo pasivo y en la experticia de la demandante. El recaudado de oficio, erró al fijar los parámetros de determinación y al establecer un valor que excede al señalado como *ítem* mayor.

No obstante, en la apreciación de tales dictámenes, consideró más ajustado el de la Lonja de Bienes Raíces de Cartagena y Bolívar, pero sin descontar plusvalía. Sustrajo así el valor del terreno, las construcciones y los cultivos.

1.4.2. El lucro cesante lo encontró en la pericia de un ingeniero de minas al efecto decretada, referida a la estimación de activos mineros inmediatamente afectados.

1.5. **Sentencia de segundo grado**. Frente al recurso de apelación interpuesto por ambas partes, adhesivo el de la demandada, y de la Procuraduría General de la Nación, así como del tercero *ad-excludendum*, el Tribunal, por mayoría,

revocó y negó el lucro cesante, y redujo el daño emergente a la cantidad de \$8.302'698.385.

1.5.1. En el proceso, dijo, era procedente hablar de la ganancia o provecho dejada de reportar, contrariamente a lo sostenido por la demandante y el Ministerio Público. La expropiación, por sí, tenía un carácter reparador y no se limitaba exclusivamente al avalúo del bien requerido.

1.5.2. El precio del inmueble, sin embargo, debía corresponder al dictamen de la Lonja de Propiedad Raíz de Cartagena y Bolívar, presentado con el libelo incoativo, en tanto, advertía su situación antes de la entrega provisional y se basaba en la investigación económica indirecta del mercado. Lo que no podía hacer el juzgado era fraccionar, seleccionar o comunicar de cada experticia lo pertinente.

Las peritaciones, en verdad, partían de iguales criterios. Coincidían en el valor de las construcciones y de los cultivos, de ahí que esos rubros se acogerían en su totalidad. La diferencia recaía en que el avalúo de la franja solicitada, realizado por parte de Marcial Navarro Mendoza (de Camalónjas Nacional), adosado con el escrito de réplica, no descontaba plusvalía; y el de Ángel Tomás Avendaño Logreira (decretado de oficio), omitía esa misma deducción y no dividía el terreno en unidades fisiográficas.

Fraccionar la heredad era lo demandable, puesto que la *“zona objeto de expropiación poseía diferentes*

características". El descuento por plusvalía también debía aplicarse, dado que la utilidad del sector provenía del proyecto vial a ejecutarse y no de la actividad económica de la convocada. Con mayor razón, cuando no se acreditó que el "*propietario hubiere pagado la participación en plusvalía o la contribución de valorización, según sea el caso*".

1.5.3. El lucro cesante, referido a la actividad minera, reconocido en el fallo apelado, en cambio, resultaba improcedente. Como el Estado era el propietario del subsuelo y de los materiales y minerales que allí se encontraren, ningún sentido tendría obligar a alguien a comprar, expropiar, lo que de suyo le pertenece.

Si bien el artículo 399 del Código General del Proceso, párrafo único, autorizaba dicha partida, respecto de los inmuebles expropiados "*destinados a actividades productivas*", el dictamen rendido por Víctor Hugo Marengo Boekhoudt (ingeniero de minas), se sustraía de ese "*criterio*". Por una parte, no acreditaba esa explotación económica, simplemente, se demostraba el paso de una carretera; y por otra, valoraba la "*reserva minera in situ*", cuando se trataba de algo de propiedad del Estado.

1.5.4. Las obras ordenadas para garantizar el tránsito entre los terrenos bifurcados, tampoco eran de recibo. El dictamen de la Lonja de Propiedad Raíz de Cartagena y Bolívar, no las podía tener en cuenta. En efecto, contrastados los antecedentes registrales de esa servidumbre constituida

y la oferta formal de compra, la limitación al dominio “*surgió posterior a la evaluación*”.

1.5.5. Aunque el tercero interviniente era cotitular de la concesión minera, carecía de legitimación, puesto que no era propietario del terreno involucrado. Además, no demostró licencia ambiental para realizar el título minero y las pruebas que aportó no habían sido tenidas en cuenta.

1.6. **La demanda de casación.** En todos los siete cargos formulados contra lo así decidido, la demandada recurrente acusa la violación de los artículos 58 y 332 de la Constitución Política; 669, 1613 y 1614 del Código Civil; 23 y 58 de la Ley 1682 de 2013; 16 de la Ley 446 de 1998; y 399, párrafo único, del Código General del Proceso

1.6.1. **En el primero**, recta vía, al decir que el Tribunal desconoció el principio de reparación integral, producto de confundir daño emergente con lucro cesante.

Es cierto, sostiene la casacionista, la propiedad del subsuelo es del Estado, empero, esto no conlleva adquirir lo suyo. Si estuviera “*comprando el material*” se estaría “*frente a una indemnización por daño emergente*”. Extraídos los minerales, el concesionario tiene la libre disposición de los mismos y es ahí de donde “*proviene el lucro o ganancia futura*”. Corresponde al “*valor*” de lo que deja de extraer en virtud del título minero y que no ingresa a su haber.

Concluye que la “*confusión*” del “*daño emergente y lucro cesante y de la relación entre la propiedad del subsuelo y la posibilidad de indemnizar por futuras mermas relacionadas con la explotación de dichos materiales*”, llevó al juzgador a cercenar el “*derecho a una reparación justa e integral*” proveniente de la expropiación de su inmueble.

1.6.2. **En el segundo**, la censurante deriva la violación denunciada de los errores de hecho en que incurrió el *ad-quem* al valorar los dictámenes sobre el lucro cesante, tal cual fueron advertidos en el salvamento de voto.

1.6.2.1. El juzgador consideró que el de Víctor Marengo, “*experto en asuntos mineros*”, no probaba que el terreno requerido para la obra estuviera siendo explotada en el marco de la concesión minera. Sin embargo, dejó a un lado las explicaciones del perito sobre la “*perturbación y el impacto*” que causaba la expropiación en “*todo el inmueble y el proyecto minero, impidiendo continuar con el mismo*”. De igual modo, la forma como cuantificó la indemnización.

El ingeniero de minas, en efecto, señaló que el predio de mayor extensión, “*como un todo*”, contaba, amén de la licencia ambiental, con un plan de trabajos y obras (PTO), aprobado por la Agencia Nacional de Minería, y que el concesionario ya había firmado contratos de infraestructura para la operación. Además, calculó la indemnización a presente y no a futuro, esto último, por cuanto no podía establecerse, y aquello, en tanto la limitante de seis meses

consagrada en el párrafo del artículo 399 del Código General del Proceso, había sido declarada inexecutable.

1.6.2.2. Fuera de lo dicho, omitió apreciar los “*demás dictámenes*” relacionados con la ganancia o provecho dejada de percibir, incluido el “*aportado por la misma ANP*”.

1.6.2.3. En corolario, para la sociedad impugnante, el lucro cesante debía reconocerse al estar demostrado que la “*expropiación de la franja de terreno impedirá continuar con la explotación minera sobre todo el predio y dará por terminada la servidumbre*”.

1.6.3. **En el tercero y el cuarto**, en su orden, por la vía directa e indirecta, la recurrente adición violados los artículos 1º, 2º y 3º de la Ley 1228 de 2008, 55 de la Ley 1682 de 2013 y 35 de la Ley 685 de 2001.

1.6.3.1. Lo primero, porque el Tribunal no aplicó esa normatividad. Allí se regula la indemnización por el “*daño emergente*” sobre las franjas de retiro obligatorio que se deben crear en la construcción de una carretera del sistema vial nacional. Igualmente, lo relacionado con las zonas de minería restringida sobre las cuales no se podrá realizar ninguna actividad para la seguridad de la obra pública construida, así sigan siendo de propiedad privada.

1.6.3.2. Lo otro, asociado con el “*daño emergente*” de las mismas “*fajas de retiro obligatorio o zonas de exclusión y*

las zonas de minería restringida”, por cuanto el *ad-quem* incurrió en error de hecho al valorar los “*dictámenes periciales*”, pues “*no ordenó ninguna indemnización*”.

Omitió apreciar en las experticias del “*perito Marengo*” y “*Camalónjas*” que “*sí las tuvieron en cuenta, mientras que el dictamen de la Lonja de Propiedad Raíz de Cartagena y Bolívar, aportado por la ANI, no lo hizo*”. Así, inclusive, lo había identificado el fallo de primer grado.

1.6.4. **En el quinto**, suma igualmente la violación de los artículos 2º, 3º, 4º y 5º del Decreto 2279 de 2012, a raíz de la comisión de error de hecho en la valoración del avalúo de la Lonja de Propiedad Raíz de Cartagena y Bolívar. Específicamente, en punto de la plusvalía, puesto que no se cumplieron los requisitos para el descuento.

En sentir de la recurrente, el juzgador colegiado consideró que el aumento del precio del terreno no se debía a un esfuerzo del demandado. No obstante, las normas establecen “*una carga para la entidad expropiante de elaborar avalúos de referencia (...), los cuales no fueron aportados al proceso ni realizados por la ANI*”. Esto significa que “*se apreciaron indebidamente los supuestos avalúos de plusvalía aportados (...) mediante el dictamen de la Lonja*”.

Además, “*reconoce que los peritos Avendaño y Navarro no hacen descuento por plusvalía, pero no aprecia los motivos por los cuales se abstuvieron de hacerlo*”.

1.6.5. **En el sexto**, añada también infringidos, recta vía, los artículos 2º, 3º, 4º y 5º del Decreto 2729 de 2012, 80 y 88 de la Ley 388 de 1997.

Reafirma la sociedad impugnante que la carga de demostrar el avalúo de referencia para descontar plusvalía correspondía a la entidad demandante, la expropiante. Empero, *“ninguna mención, ni mucho menos aplicación de estas normas realiza la sentencia”* impugnada.

Si lo anterior fuera poco, conforme a las mismas disposiciones, el descuento no se hace cuando el *“propietario hubiere pagado la participación en plusvalía o la contribución de valorización”*. Esto, sin embargo, requería ser liquidado por el respectivo Alcalde y notificado al propietario, pero tampoco ello fue cumplido. De ahí que a la demandada *“no es posible exigirle (...) lo imposible física y jurídicamente, esto es, haber pagado la plusvalía que no estaba liquidada por la administración”*.

1.6.6. **En el séptimo**, la violación de las normas que en común han sido denunciadas se hace derivar de la infracción medio de los artículos 176 y 232 del Código General del Proceso. En concreto, al no apreciarse en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, los elementos de juicio incorporados al expediente, *“especialmente las pruebas periciales”*.

Para la recurrente, los dictámenes evacuados expresaron diferencias sobre si el inmueble debía dividirse en

unidades fisiográficas, una geoeconómica y otra geofísica, y darles valores distintos a cada una; o si debía considerarse como un todo y con un mismo avalúo.

Las experticias sobre el daño emergente del “*perito Avendaño*” y de la “*Lonja de Propiedad Raíz de Cartagena y Bolívar*”, concluyeron, el primero, en que el inmueble no debía dividirse en zonas, y el segundo, el acogido por el *ad-quem*, en que el avalúo aplicaba a “*todo el predio*”. Esto lo apreció acertadamente el juzgado, pero el Tribunal erró al asentar que los dictámenes no podían ser “*fraccionados*” ni “*seleccionados parcialmente*”.

En sentir de la censura, el error de apreciación jurídica del conocimiento experto era palpable. “[N]o hay ninguna norma en Colombia que impida, como lo exige el Tribunal en la sentencia atacada, que el juez deba limitarse a aceptar o rechazar íntegramente los dictámenes, y que no pueda encontrar probados elementos de un dictamen pericial y elementos de otro dictamen, llegando así a la adecuada convicción sobre los aspectos probados”.

1.6.8. **Solicitudes finales**, según la impugnante, en el evento de prosperar cualquiera de los cargos desarrollados, la Corte debe casar “*total o parcialmente*” la sentencia confutada y, para garantizar la reparación integral y justa proveniente de la expropiación, confirmar en todas sus partes el fallo apelado.

2. CONSIDERACIONES

2.1. Los cargos se presentan resumidos en conjunto, porque como en su momento se verá, ameritan consideraciones comunes. Derivadas, por una parte, de la denunciada, en todas las acusaciones, violación directa e indirecta de unas mismas disposiciones constitucionales y legales; y por otra, de los conceptos de daño emergente y lucro cesante, en términos generales, interconectados en el contexto de la demanda de casación.

2.2. El estudio respectivo se acometerá de mérito, contrario a lo solicitado en el escrito de réplica. La admisión a trámite de dicho libelo incoativo en auto de 9 de diciembre de 2019, ocurrió “*por reunir los requisitos formales*”. Si tales exigencias fueron incumplidas y equivocadamente fueron pasadas por alto, ha debido reclamarse en su oportunidad. Esto, claro está, no impide su reconocimiento posterior frente a la persistencia de un vicio insalvable, imputable a la parte recurrente, que ponga en entredicho los derechos de defensa y contradicción de la parte opositora.

2.2.1. Las garantías dichas, en el caso, quedaron a salvo, porque si la demanda de casación, en su contexto, fue contestada de fondo, esto significa que cualquier deficiencia técnica, de haber existido, fue posible superarla. Según explica a espacio la replicante, los errores estrictamente jurídicos y los probatorios imputados al Tribunal en cada uno de los cargos son inexistentes.

El primero, al decir que “*fue correcto*” negar el lucro cesante. El segundo, cuando recaba como adecuada la “*valoración*” de la prueba que indica la falta de explotación económica del terreno materia de expropiación y ajustada la desestimación del dictamen que ponderó la “*reserva minera in situ*”. El tercero y el cuarto, por cuanto la experticia abrigada del daño emergente, la adosada por la actora, “*sí contempla*” las franjas de retiro obligatorias. El quinto y el sexto, referente a la deducción de plusvalía, porque ese mismo dictamen daba cuenta del incremento de valor de los fundos del sector luego de anunciado el proyecto, a lo cual se “*aplicó correctamente*” la norma, incluidas aquellas que gobernaban la reparación integral. Y el séptimo, al sostenerse que las reglas de la sana crítica no son una licencia ni para fraccionar ni completar pruebas.

2.2.2. El requisito de señalar las normas sustanciales infringidas, echado de menos por la opositora en este trámite extraordinario, tampoco amerita reparo.

Los preceptos que definen fenómenos jurídicos o que describen sus elementos, no siempre, carecen de contenido sustantivo. Por regla de principio, lo tienen aquellos que confieren derechos subjetivos o regulan una situación de hecho seguida de una consecuencia jurídica, pero eventualmente lo pueden tener preceptos definitorios. Esto mismo se ha predicado de los artículos constitucionales, algunos representan una naturaleza sustantiva patente,

cuando consagran derechos, pero otros carecen de esa efigie, circunstancia que debe analizarse en cada caso.

Frente a la Constitución hoy vigente, la lectura y su análisis debe realizarse desde la naturaleza del Estado Constitucional y Social de Derecho edificado a partir de los valores, principios y derechos constitucionales; por ello, justamente el artículo 333 del Código General del Proceso, impone axiológicamente que uno de los fines del recurso de casación es “(...) *proteger los derechos constitucionales*”. Si los cánones de la Constitución Política, en un caso dado, permiten su aplicación directa u orientan la aplicación legal, su carácter sustancial es innegable. Así lo asentó esta Corporación, precisamente, en alusión al artículo 58, superior, al decir:

“Así, pues, hoy no admite duda, con miras a la aplicación de la ley, que ésta debe estar en perfecta armonía con la Constitución Política, entendida esta última con una dimensión que trascienda el carácter jurídico formal, es decir que esa aplicación debe consultar la fuerza normativa del ordenamiento superior en punto a principios, derechos y garantías consagrados en ella; de manera que al hacerla actuar (la ley) el operador judicial sea consciente que es deber ineludible suyo el de garantizar la vigencia del orden jurídico justo, como lo reclama el propio preámbulo de la Carta; labor esa que, consecuentemente, lo llevará de paso a ser certero al hacer uso de los preceptos que le están subordinados.

“De manera que si la Constitución Política reclama en la actualidad una aplicación legal que consulte su valor normativo y no meramente organicista, y si constituye así mismo afirmación apodíctica la de que el orden legal debe estar en consonancia con la Constitución Política dado el sistema piramidal en el que se estructura el ordenamiento jurídico colombiano, cuando el juzgador aplica las normas sustanciales contenidas en la ley sin tomar las previsiones que se imponen para mantener la correspondencia entre ésta y la carta política, produce un

dislocamiento del andamiaje jurídico en que se asienta el correspondiente derecho legal”¹.

La excepción también aplica cuando el derecho reconocido está inmerso en la norma de definición o descripción. Por ejemplo, el artículo 762 del Código Civil, ilustra la posesión y a su vez reputa al poseedor dueño, mientras otra persona no justifique serlo. Las reglas 1613 y 1614, *ibídem*, enuncian los rubros de la indemnización de perjuicios, el daño emergente y el lucro cesante, y los determina, pero derivados del derecho subjetivo del incumplimiento total, imperfecto o tardío de la obligación.

En el *sub-júdice*, todos los siete cargos acusan infringidos los artículos 58 de la Constitución Política y 1613 y 1614 del Código Civil, entre otros. Al margen de si las demás normas enlistadas son o no sustanciales, dichos preceptos, dado su contenido material en causa, son suficientes para sustentar formalmente el libelo casacional, por su pertinencia y ser innecesario integrar una proposición jurídica completa. Al tenor del párrafo primero del canon 344 del Código General del Proceso, basta señalar una “(...) *cualquiera disposición de esa naturaleza que, constituyendo base esencial del fallo impugnado o habiendo debido serlo, a juicio del recurrente haya sido violada (...)*”.

Ese canon constitucional es sustancial o material, porque “*garantiza la propiedad privada y los demás derechos*

¹ CSJ. Civil. Sentencia de 16 de diciembre de 1997, expediente 4837.

adquiridos”, todo lo cual tiene relación inmediata con los derechos derivados del blandido, por la recurrente, título minero. Y los demás preceptos, puesto que aluden, en el contexto de la acusación, al daño emergente y lucro cesante, en especial, al derecho subjetivo de fijar su contenido económico.

2.3. Sentado lo que precede, pasa a estudiarse si el Tribunal se equivocó al reducir y limitar los componentes cuantitativos de la indemnización de perjuicios provenientes de la expropiación declarada en instancias.

Ninguna consideración, desde luego, cabe hacerse a la operación mediante la cual el extremo demandado, ahora impugnante, resultó obligado a transferir al dominio público de parte de su heredad. La razón estriba en que en casación nada se enarboló sobre el particular.

2.3.1. El artículo 58 de la Constitución Política, autoriza expropiar la propiedad privada por motivos de utilidad pública e interés social cuando se frustran los trámites de negociación y enajenación voluntaria. Tiene lugar por vía administrativa en los casos previstos por el legislador, pero sujeta al control posterior ante la jurisdicción contenciosa, o en virtud de una sentencia judicial. En cualquier hipótesis, previa indemnización fijada “*consultando los intereses de la comunidad y del afectado*”.

La disposición no refiere si la indemnización debe ser “*justa*” e “*integral*”, como se enfatiza en los cargos, pero si la involucra ante la necesidad de ponderar los derechos de la sociedad y del propietario expropiado. Es justa cuando existe una relación retributiva o correctiva, *verbi gratia*, “*si el expropiado sufrió un perjuicio de 100, deberá recibir 100 como indemnización*”, empero, “*si el daño causado por un hecho, se compensa por el provecho derivado del mismo, no hay lugar a idenmización porque ésta no resulta justa*”².

Es completa ante su carácter reparador e involucra el daño emergente y el lucro cesante. La *ratio legis* radica en que el expropiado no está obligado a soportar una carga específica en beneficio del interés público o social, según se desprende del párrafo único del artículo 399 del Código General del Proceso: “*Para efectos de calcular el valor de la indemnización del lucro cesante cuando se trate de inmuebles destinados a actividades productivas y se presente una afectación que ocasione una limitante temporal o definitiva a la generación de ingreso proveniente del desarrollo de las mismas, deberá considerarse independientemente del avalúo del inmueble, la compensación por las rentas que se dejaren de percibir*”.

El precepto extendía la indenización a un “*periodo máximo de seis (6) meses*”, no obstante, la limitante fue retirada del ordenamiento jurídico por la Corte

² Corte Constitucional. Sentencia C-358 de 1996.

Constitucional³. En esa oportunidad se consideró que la *“indemnización producto de la expropiación, por regla general, tiene una función reparatoria, de modo que incluye los daños de lucro cesante y emergente”*. Lo mismo, en términos generales, ya lo había asentado esa Corporación en las sentencias C-153 de 1994 y C-1074 de 2002.

La indemnización, entonces, no se circunscribe al daño emergente representado en el valor del bien que sale del patrimonio del expropiado. Incluye el lucro cesante derivado de la actividad económica que actualmente se desarrolla en el inmueble afectado por el hecho de la expropiación y se concretiza en la ganancia o provecho que se deja de reportar por la limitación o suspensión de la empresa que venía realizando su propietario. Por supuesto, siempre consultando o equilibrando los intereses involucrados, tanto de la comunidad como del particular.

2.3.2. El artículo 334 de la Constitución Política radica en cabeza del Estado la propiedad del subsuelo y de los recursos naturales no renovables. Todo, sin perjuicio de los derechos adquiridos y perfeccionados con arreglo a las leyes preexistentes.

El Código Minero, Ley 685 de 2001, canon 5°, lo reafirma. Los *“minerales de cualquier clase y ubicación, yacentes en el suelo o el subsuelo, en cualquier estado físico*

³ Sentencia C-750 de 2016.

natural, son de la exclusiva propiedad del Estado, sin consideración a que la propiedad, posesión o tenencia de los correspondientes terrenos, sean de otras entidades públicas, de particulares o de comunidades o grupos”.

Lo anterior no impide que el Estado se desprenda de la exploración y explotación de los minerales, mediante contratos de concesión a los particulares y el cobro de una retribución. Esto, sin embargo, conforme lo establece el artículo 15, *ibídem*, “no transfieren al beneficiario un derecho de propiedad de los minerales ‘in situ’ sino el de establecer en forma exclusiva y temporal dentro del área otorgada, la existencia de minerales en cantidad y calidad aprovechables, a apropiárselos mediante su extracción o captación y a gravar los predios de terceros con las servidumbres necesarias para el ejercicio eficiente de dichas actividades”.

La contraprestación económica es la suma o especie obligatoria percibida por el Estado al permitir explotar los recursos naturales no renovables. Recibe el nombre de regalía y consiste en un porcentaje del producto bruto explotado objeto del título minero y sus subproductos, que es lo susceptible de apropiación, pero una vez extraído o captado el mineral (artículo 227, *ejúsdem*).

Significa lo expuesto que los recursos naturales no renovables, entre los cuales se encuentran el ramo de la minería, mientras permanezcan “in situ”, no confieren ningún derecho a los concesionarios de títulos mineros. En

la cadena de explotación, solo los adquieren, conforme a al canon 15, transcrito, en los eventos de “*extracción o captación*”. De ahí, en su estado natural, al ser propiedad del Estado, su existencia, así medie una autorización minera de explotación, no refleja un “*perjuicio o pérdida*” (daño emergente) en el patrimonio del concesionario.

El menoscabo, empero, sí tiene lugar cuando el título minero resulta afectado en el proceso de la real extracción o captación de los minerales, no en la teórica o mera expectativa de explotación. Es la “*ganancia o provecho*” (lucro cesante) que el hecho de la interferencia o suspensión de la actividad minera deja de reportarle al particular autorizado; de algún modo, corresponde al beneficio que obtiene, luego de restados los costos de producción y el valor de la regalía.

Las utilidades para el titular minero, así como las contribuciones en favor del Estado, definitivamente, derivan de la explotación del respectivo recurso y no de su propiedad. En concordancia, cual se tiene precisado, “*lo que genera la regalía es la explotación misma del recurso y no la propiedad sobre el mismo*”⁴.

2.3.3. El daño, al igual que su medida, el perjuicio, debe ser real y cierto, y no eventual o meramente hipotético. Desde luego, no necesariamente requiere que se actual, porque el “*daño cierto y futuro (...) también es indemnizable*”⁵.

⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-669 de 2002.

⁵ CSJ. Civil. Sentencia de 9 de agosto de 1999.

Se necesita, sí, su comprobación, salvo que se presuma, como ocurre con la cláusula penal y los intereses de un capital por el simple retardo.

La certeza del daño depende de su ocurrencia. No son indemnizables, por tanto, las simples conjeturas o suposiciones. Para que exista es indiferente que ya se hubiere causado o sea la prolongación cierta, inclusive hacia el porvenir, de un estado actual de cosas. Es lo que ocurre con la explotación minera, actual y real, que se viene realizando en el terreno materia de la expropiación.

En esa hipótesis, es incontrastable, la presencia del menoscabo. El mismo hecho de forzar la transferencia del derecho de dominio al Estado lo envuelve, en la modalidad de daño emergente, porque figurando el inmueble involucrado en el haber del particular, al salir del mismo, su patrimonio se disminuye. La explotación minera, en la especie de lucro cesante, puesto que al truncarse la actividad minera que se está desarrollando, no la expectativa de explotación, se repite, implica dejar de ingresar a las arcas del concesionario ciertos recursos.

2.4. Frente a lo discurrido, se entra a verificar si el Tribunal incurrió en los errores *iuris in iudicando* y *facti in iudicando* enrostrados.

2.4.1. Con relación al cargo primero, enarbolado por la vía directa y asociado con el lucro cesante, ante todo se

advierde que el sentenciador reconoció su procedencia tratándose de la pretensión de expropiación. Ello, al decir que la indemnización tenía una función “*reparatoria*”, lo cual involucra el daño emergente y el lucro cesante.

La ganancia o provecho dejada de reportar no pudo haberse negado por improcedente. Se desestimó, llanamente, por dos razones. La primera, porque “*no está demostrado*” la explotación económica del área requerida al momento de la intervención del Estado. La segunda, por cuanto la valorada “*reserva minera in situ*” que “*a futuro no va a poder ser extraída del subsuelo*”, no la configuraba.

La violación recta vía de la ley sustancial supone que la recurrente acepta las conclusiones probatorias del *ad-quem*. En el caso, que no estaba acreditada la explotación económica y que lo avaluado fue la reserva minera “*in situ*”. Solo que la discrepancia radica en la selección y subsunción normativa de los hechos así establecidos.

En la hipótesis de estar siendo explotada la parte del terreno expropiada al momento de la intervención del Estado, el punto de esa explotación, es claro, se debe descartar como causa de la transgresión de los preceptos enlistados. Si el Tribunal no encontró demostrado el hecho, nada habría para subsumir normativamente. El problema, entonces, es netamente probatorio, como de hecho la impugnante anuncia que será “*objeto del cargo segundo*”.

El error tampoco pudo configurarse en el tema de la “*reserva minera in situ*”. Si eso fue lo avaluado, entendiéndolo admitido por la censura, el artículo 5° de la Ley 685 de 2001, establece que los contratos de concesión minera o equivalentes “*no transfieren al beneficiario un derecho de propiedad*” de los minerales en el estado natural. Nada al respecto, en consecuencia, pudo egresar o dejar de ingresar al patrimonio de la recurrente.

En lo demás, explotación y propiedad “*in situ*” no es lo mismo. Las regalías y utilidades se encuentran en lo primero, no en lo segundo. En concreto, al tenor del artículo 227 del Código Minero, en el “*producto bruto explotado objeto del título minero y sus subproductos*”. Por esto, es errado pensar con la recurrente que la totalidad de la reserva minera sin extraer o captar traduce, hacia el futuro, lucro cesante. Lo refleja, simplemente, no el potencial minero, sino lo que realmente se venía explotando al momento de la expropiación, pues es el estado actual de cosas que con certeza se proyectaba en el porvenir.

2.4.2. Las precisiones anteriores dejan sin piso los errores de hecho denunciados en el embate segundo, respecto de la apreciación de los dictámenes acopiados.

Nadie desconoce que la franja de terreno expropiada hace parte de un lote de mayor extensión y que en aquella no se realizaba ninguna explotación minera, en tanto, la misma ocurría en otro sector. Esto último, pese a que el Tribunal

concluyó que “*no está demostrado*”, en el cargo se confirma, al involucrar ambas cosas como un todo. Las enlaza por el impacto que produce la expropiación en la totalidad del área del título minero, pues, dice, perturba e impide continuar con la industria montada y da lugar a la pérdida de una servidumbre de tránsito constituida. En definitiva, es la misma recurrente, como supuesto de la acusación, quien sin miramientos sostiene que no existía explotación minera en la franja de terreno expropiada y ahí es donde justifica la indemnización al hacerla derivar del entorpecimiento o impacto que la expropiación causa a la totalidad de la tierra comprendida en el título minero y a la otra parte que, ella sí, viene siendo explotada.

En la hipótesis de los errores, son inexistentes. Si la parte expropiada no venía siendo explotada, carece de sentido derivar lucro de una expectativa de explotación. En el entretanto, los minerales y materiales “*in situ*”, así los comprenda el título minero y respondan a un plan de trabajo de obras (PTO), siguen siendo propiedad del Estado. El contrato de concesión solo concede la posibilidad de apropiación, ocurrida la extracción o captación, y mientras ello no suceda, nada habría transformado la realidad.

El montaje de la industria y demás, es ajeno a la ganancia o provecho. Se instala, precisamente, para obtenerla. Luego, si algún perjuicio se ocasionó, estaría constituido por lo egresado para la planificación y la infraestructura. En los términos del cargo, si el área

expropiada no estaba explotada, sino que la intervención del Estado perturbaba la actividad desarrollada en otro sector, los errores, entonces, refulgen intrascendentes. Como quedó elucidado, las ganancias se miden es por el “*producto bruto explotado objeto del título minero y sus subproductos*” al momento de la expropiación.

Lo relacionado con el carretable igualmente ninguna incidencia tiene. Por una parte, constituiría una pérdida, no una ganancia, ciertamente lo reclamado en el cargo, en cuanto, parodiando la censura, la enajenación forzada “*dará por terminada la servidumbre*”. Por otra, frente a la conclusión del Tribunal, según la cual, cuando comenzó la intervención el Estado, inclusive con el avalúo, “*dicho acto surgió posterior*”, porque al no confutarse el particular en casación, al margen del acierto, el hecho sigue vigente, por sí, suficiente para mantener en el punto la decisión.

2.4.3. En los cargos tercero y cuarto, encauzados, en su orden, recta vía y por la comisión de errores de hecho probatorios, la recurrente reclama, como componente del daño emergente, el valor de las “*fajas de retiro obligatorio o zonas de exclusión*” y de las “*zonas de minería restringida*”.

El Tribunal, es cierto, ninguna alusión hizo a esos terrenos adyacentes a la vía construida. Sin embargo, el silencio no comporta, necesariamente, la comisión de algún error de juzgamiento; conllevaría solo una deficiencia de expresión, pues si no había lugar a incluir tales áreas dentro

de la indemnización, nada tenía que analizar ni decidir. Claro está, en en el supuesto de no estar comprendidas dentro de las 18,072 hectáreas que fueron requeridas para el trazado de la obra pública.

2.4.3.1. En ese evento, atinente con la restricción de la actividad minera, en la perspectiva del lucro cesante, ningún error jurídico ni probatorio puede comportar.

Sentado que la franja contigua inmediatamente a la expropiada, comprendida en el título minero, no venía siendo explotada, dado que la actividad ocurría en otro sector del predio de mayor extensión, para mostrar lo infundado de las acusaciones, la Corte se remite a lo analizado al respecto en los dos primeros cargos.

2.4.3.2. En el resto de los mismos embates se considera que las fajas de retiro obligatorio o área de reserva de exclusión, siguen siendo de propiedad particular.

La hipótesis de la impugnante, en campo del daño emergente, aspecto al cual se contraen ambos ataques, descarta cualquier yerro jurídico o probatorio. En el caso de haberse incurrido en las faltas denunciadas, la decisión seguiría siendo la misma, porque el Estado solo es obligado a indemnizar lo expropiado y no lo que permanece en el patrimonio privado. En últimas, el “*perjuicio o pérdida*” para el particular no se habría producido.

2.4.3.3. No se desconoce que ciertas áreas adyacentes a la vía, a pesar de ser de dominio privado, resultan gravadas. El legislador, en efecto, las declaró de “*interés público*” (artículo 3° de la Ley 1228 de 2008), y prohibió “*cualquier tipo de construcción o mejora en las mencionadas zonas*” (canon 55 de la Ley 1682 de 2013).

Tienen como propósito conservar la estabilidad y seguridad de la obra, y garantizar futuras ampliaciones, la construcción de nuevas vías y los cambios de categoría con fines de ampliación. El artículo 3°, parágrafo 1° de la Ley 1228, citada, impone para esos efectos, cuando se decidan realizar, “*adelantar los trámites administrativos correspondientes para la adquisición de las fajas*”.

Significa lo anterior que mientras las fajas de retiro obligatorio o zonas de exclusión no sean traspasadas al Estado, voluntaria o forzadamente, hecho que ocurre cuando realmente se les imprime el destino para el cual fueron gravadas, no pueden ser indemnizadas en el componente de daño emergente. En ese sentido, cualquier error jurídico o probatorio en que se haya incurrido, no cambiaría la decisión finalmente adoptada.

El problema estaría en las secuelas de la restricción. Si las limitaciones impiden en forma plena la explotación económica de las fajas de retiro o zonas de exclusión, ello traduciría en que el propietario vería limitada la ganancia o

provecho de allí derivado. La Corte se releva de analizar el particular, por ser un tema ajeno a la propuesta casacional.

Si bien en ambos cargos se señaló que sobre tales fajas o zonas no se podrá realizar ninguna actividad, el tema se asocia con la pérdida de un derecho. El tercero, al pretenderse *“una reparación por el daño emergente correspondiente a estos terrenos”*; y el cuarto, al criticarse la reducción del *“daño emergente”* por haberse acogido un dictamen que *“no incluía una valoración por estas franjas”*.

2.4.4. El cargo quinto cuestiona el descuento por plusvalía, como consecuencia de la comisión del error de hecho en que incurrió el Tribunal al apreciar el dictamen de la Lonja de Propiedad Raíz de Cartagena y Bolívar.

Se fundamenta en que la carga de elaborar los *“avalúos de referencia”* al momento de anunciar el proyecto fue incumplida por la entidad expropiante. Esto conllevó a valorar indebidamente la estimación del descuento por plusvalía contenida en en el citado dictamen.

2.4.4.1. La posibilidad sustancial de la deducción en comento es cuestión pacífica. La polémica radica en que el *“descuento sólo se podrá realizar si se realizan avalúos de referencia”* conforme a la ley. El error, entonces, no es de la existencia u objetividad de la experticia acusada, sino de su idoneidad jurídica, por sí, para demostrar el hecho.

El yerro de hecho, cual fue denunciado, por tanto, no se configura. Lo confutado hace relación a cuestiones extrínsecas a la prueba. Por lo mismo, al no existir la falta se descarta que un error inexistente haya podido ser “*profundizado*” con los motivos manifestados por los peritos “*Avendaño y Navarro*” para no descontar la plusvalía; menos, cuando esos otros dictámenes fueron desestimados.

2.4.4.2. Interpretando con amplitud como de derecho el error probatorio al respecto enrostrado, en cuanto el descuento de plusvalía visto en el dictámen de la Lonja de Propiedad Raíz de Cartagena y Bolívar tendría eficacia jurídica solamente si se hubiere practicado los avalúos de referencia, el yerro tampoco se estructura.

La recurrente sostiene que los “*avalúos de referencia (...) no fueron aportados al proceso ni realizados por la ANI*”. Si se dejaron de adosar o evacuar, acerca de lo que materialmente no existe, ningún juicio de valor pudo realizarse en torno a si cumplieron o no exigencias legales.

El Tribunal, con todo, en atención a lo argumentado por el *a-quo*, sí hizo mención a la presencia de esos avalúos de referencia. Esto, al decir que la juzgadora argumentó para descartar la plusvalía que los “*avalúos de referencia habían tomado un término mayor de seis (6) meses, situación que bien debería constituir una falta grave por parte de la entidad que pretende la expropiación*”.

Exisitendo los avalúos de referencia, el dictamen de la Lonja de Propiedad Raíz de Cartagena y Bolívar, no pierde eficacia jurídica. En el conjunto probatorio, el argumento del Tribunal para descontar plusvalía fue muy otro. Consistió en que “*tal precio no fue generado por la actividad económica*” del expropiado, “*sino por un hecho de la administración, tal es la construcción de la vía. Así las cosas, no se podía aumentar el valor del predio sin una actividad del demandado*”. Y ese argumento, al no rebatirse en casación, cobró firmeza para sostener la decisión.

2.4.5. El cargo sexto, enarbolado por la vía directa, reitera que el Tribunal se equivocó al aplicar el descuento de plusvalía y agrega la imposibilidad de pagar la participación o la contribución de valorización ante la falta de su liquidación por las autoridades municipales.

2.4.5.1. Lo primero se fundamenta en que se dejó de citar y aplicar las normas que establecen “*una carga para la entidad expropiante de elaborar avalúos de referencia*” de conformidad con los requisitos legales.

El sustrato del cuestionamiento envuelve que la entidad demandada no suplió el *onus probandi*, pese a lo cual se tuvo por cumplido. Como consecuencia, se realizó la deducción de plusvalía sobre el valor del inmueble.

La falta, si la hubo, no es estrictamente jurídica, pues se habría subsumido un hecho en las normas sustanciales

que la entidad expropiante, siendo de su cargo, dejó de acreditar. El problema es mediato, no directo, en tanto, se derivaron unas consecuencias jurídicas sin estar acreditados los hechos que las preveían.

Interpretando el cargo por el cauce del error *facti in iudicando*, en la hipótesis de invención o suposición de pruebas, el error es inexistente. Como se analizó en el cargo anterior, a donde la Corte ahora se remite, el Tribunal, en alusión a la decisión del juzgado, sí hizo mención a las controvertidas pruebas de referencia.

2.4.5.2. El fracaso del otro segmento de la acusación también se avizora. Así se haya demostrado que las autoridades municipales no han liquidado la “*participación en plusvalía o la contribución de valorización*” para proceder a su pago, confirma que el descuento por plusvalía había que realizarlo. Otra cosa es que la deducción de ese concepto en el proceso de expropiación ya no pueda ser objeto de facturación por la administración municipal, específicamente en lo que corresponda a esa deducción.

La trascendencia del error tendría lugar si la ley prohibiera el anotado descuento cuando no media liquidación por parte de las autoridades locales. Ese no es el caso. Lo que establece el artículo 61, parágrafo 1º de la Ley 388 de 1997, es que la deducción no se aplica cuando el “*propietario hubiere pagado la participación en plusvalía o la contribución de valorización, según sea el caso*”.

2.4.6. El último cargo, atinente con el daño emergente y su prueba, reprocha al Tribunal por considerar que no se pueden hallar elementos acreditados en dos dictámenes diferentes, sino que, necesariamente, se debe aceptar uno en su integridad, llevándose de calle los postulados de los artículos 176 y 232 del Código General del Proceso sobre la apreciación de las pruebas en conjunto.

2.4.6.1. Los errores de derecho en el encadenamiento probatorio, tienen lugar cuando se contrarían los dictados de la lógica, de la ciencia y de la experiencia, que son el fundamento de las reglas de la sana crítica.

Ello, mediante la conjugación del método analítico con el sintético. Consistente, el primero, en la fijación del contenido de cada medio en particular; y el segundo, en el análisis del todo con la parte. El muestrario así presentado es lo que permite elaborar el inventario de diferencias, concatenaciones, exclusiones y conclusiones

Exige como requisito que las pruebas individualmente consideradas hayan superado las etapas de apreciación material y objetiva, y jurídica. Si no lo han sido, quiere decir que han quedado rezagadas, por lo mismo, no pueden contribuir a asentar los hechos que, en el universo probatorio, se tornan definitivos, so pena de contaminarlos.

2.4.6.2. La recurrente, pese a proponer que se aprecien los dictámenes del “*perito Avendaño*”, decretado de oficio, y de la “*Lonja de Propiedad Raíz de Cartagena y Bolívar*”, allegado con el escrito incoativo del proceso, en lo coincidente respecto al daño emergente, no indica ni explica cuál regla de la sana crítica resultó vulnerada. Tampoco enseña la conclusión que debe asentarse. Como se supone que reclama en favor, se entiende, en la propuesta de encadenamiento probatorio, una decisión cercana a sus intereses. Seguramente, teniendo en cuenta que el “*perjuicio o pérdida*” el primer dictamen citado lo avaluó en \$14.892’981,536, y el segundo, en \$8.302’689.385.

En ese contexto, se interpreta que, frente a una misma coincidente argumentación de ambas experticias, en el caso, en el sentido de que la parte expropiada no debía fraccionarse en unidades fisiográficas, sino que debía tomarse como un todo, la regla de la experiencia enseña que el corolario no puede ser distinto. Con todo, el error de derecho en la apreciación del dictamen del “*perito Avendaño*”, individualmente, aceptando su existencia material, no superó la etapa de apreciación objetiva para llegar a su diagnosis jurídica en conjunto.

Si para el Tribunal el resultado de la Lonja de Propiedad Raíz de Cartagena y Bolívar, en punto de la evaluación del daño emergente, cumplía las “*expectativas de ley para ser acogido*”, esto significa que, así hubiera coincidencia en algunos aspectos con el otro, ciertamente, en

ese otro se incumplían. Si la prueba abrigada “*advertía la situación en la que se encontraba el predio antes de la entrega provisional que efectuare el despacho de instancia*” y, además, respondía a “*una investigación económica indirecta del mercado*”, esto tuvo que echarse de menos en el del “*perito Avendaño*”. Así se infiere de la conclusión del juzgador, según la cual, los “*demás peritos*” tomaron del dictamen con eficacia jurídica los valores “*en el que se escogió y ponderó cual podría ser el valor para el predio a partir de las ofertas de predios colindantes*”.

Si era contraevidente que los “*demás peritos*” no indicaron la situación del inmueble antes de la entrega provisional y no hicieron una investigación económica indirecta del mercado, eso es lo que ha debido destruirse para permitir el encadenamiento jurídico. El error de derecho, por tanto, es inexistente.

2.5. Sentado, entonces, que el Tribunal no incurrió en su sentencia en ningún error *iuris in iudicando* ni *facti in iudicando*, el conjunto de las normas que se dice fueron vulneradas quedaron a salvo.

2.6. Todos los cargos, en consecuencia, están llamados a su rotundo fracaso.

3. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, **no casa** la sentencia de 10 de abril de 2019, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, Sala Civil-Familia, en el proceso seguido por la Agencia Nacional de Infraestructura -ANI- frente a interpuesto por Inverhav S.A.S., con la citación de la Procuraduría General de la Nación y la intervención del tercero *ad-excludendum* Jorge Alberto Urrea Mejía.

Las costas en casación corren a cargo de la demandada recurrente. En la liquidación respectiva, inclúyase la suma de seis millones de pesos (\$6'000.000), por concepto de agencias en derecho, teniendo en cuenta que el libelo de casación fue replicado.

Cópiese, notifíquese y cumplido lo anterior, devuélvase el expediente a la oficina de origen.

FRANCISCO TERNERA BARRIOS

Presidente de Sala

ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO

HILDA GONZÁLEZ NEIRA

AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO

LUIS ALONSO RICO PUERTA

OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE

LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA