

HONORABLES
MAGISTRADOS
CORTE CONSTITUCIONAL
E.S.D.

06 ABR 2015

P-10708
OK

Piedad Gallo
3.04.15

Ref. Demanda de Inconstitucionalidad contra los incisos tres (segunda parte), cuatro y cinco del artículo 6 de la Ley 1742 de 2014 y el parágrafo del artículo 399 de la Ley 1564 de 2012.

Protegido por Habeas Data, colombiano, mayor de edad, identificado con la Cédula de Ciudadanía No. [redacted], domiciliado en el Distrito Capital, actuando de conformidad con los derechos y deberes a mí conferidos por los artículos 4, 29 y 241 Superior, me dirijo a ustedes con el propósito de presentar demanda de inconstitucionalidad en contra de los incisos tres (segunda parte), cuatro y cinco del artículo 6 de la Ley 1742 de 2014 y el parágrafo del artículo 399 de la Ley 1564 de 2012, por cuanto contradice la Constitución Política.

Normas Acusadas

Ley 1742 del 26 de diciembre de 2014

"por la cual se adoptan medidas y disposiciones para los proyectos de infraestructura de transporte, agua potable y saneamiento básico, y los demás sectores que requieran expropiación en proyectos de inversión que adelante el estado y se dictan otras disposiciones".

ARTÍCULO 6º.- El artículo 37º de la Ley 1682 de 2013 quedará así:

Artículo 37º. (...)

El daño emergente incluirá el valor del inmueble. El Lucro cesante se calculará según los rendimientos reales del inmueble al momento de la adquisición y hasta por un término de seis (6) meses.

En la cuantificación del daño emergente solo se tendrá en cuenta el daño cierto y consolidado.

En caso de no llegarse a acuerdo en la etapa de enajenación voluntaria, el pago del predio será cancelado de forma previa teniendo en cuenta el avalúo catastral y la indemnización calculada al momento de la oferta de compra, en la etapa de expropiación judicial o administrativa.

(...)"

Es necesario advertir que el artículo 37 original de la Ley 1682 de 2013 también se refiere al límite temporal de los 6 meses para el pago de lucro cesante, razón por la cual también se solicita la declaratoria de inexecutable de dicho plazo, en el caso de que se declare la inconstitucionalidad del artículo 6 de la Ley 1472 de 2014.

La parte pertinente del artículo 37 de la Ley 1682 de 2013 es:

"(...) El daño emergente incluirá el valor del inmueble y el lucro cesante se calculará según los rendimientos reales del inmueble al momento de la adquisición y hasta por un término de seis (6) meses.

Ley 1564 de 2012

Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones.

ARTÍCULO 399

(...)

Parágrafo: Para efectos de calcular el valor de la indemnización por lucro cesante, cuando se trate de inmuebles que se encuentren destinados a actividades productivas y se presente una afectación que ocasione una limitación temporal o definitiva a la generación de ingresos proveniente del desarrollo de las mismas, deberá considerarse independientemente del avalúo del inmueble, la compensación por las rentas que se dejaren de percibir hasta por un periodo máximo de seis (6) meses. (Resaltado fuera de texto)

Normatividad Constitucional Infringida

A continuación me permito señalar el artículo de la Constitución Política Infringido por la norma referida en el acápite anterior:

ARTICULO 58. *Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultare en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social.*

La propiedad es una función social que implica obligaciones. Como tal, le es inherente una función ecológica.

El Estado protegerá y promoverá las formas asociativas y solidarias de propiedad.

Por motivos de utilidad pública o interés social definidos por el legislador, podrá haber expropiación mediante sentencia judicial e indemnización previa. Este se fijará consultando los intereses de la comunidad y del afectado. En los casos que determine el legislador, dicha expropiación podrá adelantarse por vía administrativa, sujeta a posterior acción contenciosa-administrativa, incluso respecto del precio.

Concepto de la violación

Las expresiones resaltadas en el capítulo denominado "Normas Acusadas", contenidas en los incisos tres, cuatro y cinco del artículo 6 de la Ley 1742 de 2014, y en el párrafo del artículo 399 de la Ley 1564 de 2012 son contrarias a la Constitución Política de Colombia, por las razones y argumentos que a continuación se esgrimen:

Violación del inciso 4 del artículo 58 de la Constitución Política.

Desconocimiento del carácter justo de la indemnización consagrado en el artículo 58 Superior.

El artículo 6 de la Ley 1742 de 2014, que modificó el artículo 37 de la Ley 1682 de 2013, regula lo atinente a los reconocimientos económicos por precio de adquisición e indemnización (daño emergente y lucro cesante) que se reconocerán tanto en enajenación voluntaria como en expropiación, en el marco de los procedimientos de adquisición por el motivo de utilidad pública e interés social al que se refiere el artículo 19 de la Ley 1682 de 2013, esto es "ejecución y/o desarrollo de proyectos de infraestructura del transporte a los que se refiere la presente ley, así como el desarrollo de las actividades relacionadas con su construcción, mantenimiento, rehabilitación o mejora, quedando autorizada la expropiación administrativa o judicial de los bienes e inmuebles urbano y rurales que se requieran para tal fin, de conformidad con el artículo 58 de la Constitución Política"¹

Ahora bien, i) en el inciso tercero de la norma demandada, se establece que el lucro cesante, que es uno de los dos componentes² de la indemnización en el marco del proceso de adquisición predial por el motivo de utilidad pública ya identificado, tiene un límite temporal máximo de 6 meses, mismo límite que se establece en el párrafo del artículo 399 de la Ley 1564 de 2012; ii) por su parte, el inciso cuarto ídem (ley de infraestructura), establece que para la tasación del daño emergente sólo se tendrán en cuenta daños ciertos y consolidados al momento de la oferta de compra, dejando de lado el otro espectro de los daños que se deben pagar, estos son, los daños futuros ciertos; y iii) el inciso quinto, establece que en el evento en que se acuda a la expropiación, es decir, cuando no se logre la enajenación voluntaria, el pago del predio expropiado será equivalente al avalúo catastral, contrario sensu a lo que ocurre cuando se enajene voluntariamente, pues en este evento se recibirá el valor comercial del inmueble.

Estos preceptos normativos contradicen en forma clara lo consagrado por el inciso 4 del artículo 58 de la Constitución Política, ya que desconoce una de las características de la indemnización derivada de la expropiación de bienes inmuebles, que han sido decantadas en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, esto es su carácter justo.

A este respecto, vale la pena señalar que de conformidad con lo establecido por la referida norma constitucional, en desarrollo del principio de prevalencia del interés general sobre el particular, y como consecuencia de la función social y ecológica de la propiedad, el derecho de propiedad en nuestro ordenamiento jurídico, es relativo, ya que en determinados casos, cuando existen motivos de utilidad e interés social que así lo determinen, procede la expropiación a favor del Estado.³

¹ Ver Ley 1682 de 2013 art. 19.

² El otro componente es el daño emergente según se desprende del inciso segundo de la norma en cuestión.

³ Corte Constitucional Sentencia C-428 de 1997 "(...) Determinante esencial de la relativización de la propiedad ha sido la introducción de la idea o noción de función social de la propiedad, enriquecida en la Constitución de 1991

Ahora bien, el citado artículo 58 constitucional establece que en caso de expropiación la administración deberá pagar a favor del titular del derecho de dominio una indemnización por los daños causados, a fin de restablecer el equilibrio ante las cargas públicas, derivado del deber jurídicamente asignado que se traduce en soportar la pérdida de su derecho de propiedad en pos de la satisfacción del interés colectivo, situación que es reafirmada por la Corte Constitucional en Sentencia C 153 de 1994 al señalar que:

"(...) Pero ese daño legítimo debe en principio ser indemnizado y puede generar formas de responsabilidad objetiva, porque la persona expropiada no tiene por qué soportar una carga específica que debe asumir toda la sociedad, en razón del principio de igualdad de todos ante las cargas públicas, cuyo fundamento es el derecho de igualdad establecido en el artículo 13 de la Carta. Esto explica entonces que el ordenamiento superior haya consagrado el derecho a la indemnización reparatoria en cabeza del afectado. (...)" (Subrayado fuera de texto).

En igual sentido, en Sentencia C 306 de 2013 la misma corporación afirma que:

Para la Corte el ejercicio de la potestad expropiatoria supone un singular sacrificio de los derechos del afectado, en la medida que vulnera su voluntad al disponer del peculio privado. Con el fin de repararlo, el constituyente ha previsto, como consecuencia de esa facultad, una indemnización que equilibra los derechos materia del daño causado, el cual se explica por una acción administrativa que es legítima.

La indemnización, según la Corte Suprema de Justicia, es "definición y reconocimiento del derecho del propietario, con anterioridad a la expropiación, de modo que no haya, por una parte, expropiaciones arbitrarias, y por otra, que el dueño pueda contar desde entonces con bienes o valores comerciales, enajenables y ciertos, equivalentes al perjuicio causado".

Adicionalmente, el artículo 58 superior destaca como hecho nuevo que la indemnización "se fijará consultando los intereses de la comunidad y del afectado"^{4[32]}. De esto manera se busca conciliar derechos particulares y deberes sociales, dado que la persona expropiada, con fundamento en el

con la función ecológica que le es inherente, con lo cual, se superó la vieja e individualista concepción clásica de derecho subjetivo al servicio exclusivo y excluyente de su titular, en cuyo favor se consagraban facultades irrestrictas de uso, abuso y disposición, que ahora aparece remplazada por la concepción solidarista de la propiedad que encuentra un campo abonado para su desarrollo en el Estado Social de Derecho, y hace posible el cumplimiento de variadas acciones e intervenciones estatales encaminadas al mejoramiento económico de los sectores marginados de la comunidad y a dar solución a los conflictos sociales que afectan a la sociedad civil.

^{4[32]} El mandato constituye una asimilación del derecho alemán. En la sentencia C-153 de 1994 se destacó que "El artículo 14 de la Ley Fundamental Alemana dice: '(1) La propiedad y el derecho de herencia están garantizados. Su naturaleza y sus límites serán determinados por las leyes. (2) La propiedad obliga. Su uso debe servir asimismo al bienestar general. (3) La expropiación sólo es lícita por causas de interés general. Podrá ser efectuada únicamente por ley o en virtud de una ley que establezca el modo y el monto de la indemnización. La indemnización se fijará considerando en forma equitativa los intereses de la comunidad y los de los afectados. En caso de discrepancia sobre el monto de la indemnización quedará abierta la vía judicial ante los tribunales ordinarios.'" (subrayas fuera del texto)

principio de igualdad (artículo 13 ib.), debe obtener un equilibrio frente a la carga pública que le ha sido impuesta. (Resaltado fuera de texto)

En consecuencia, si bien constitucionalmente está previsto el deber del propietario de entregar su derecho de dominio (y demás derechos reales) para efectos de que se desarrollen obras de interés general (utilidad pública e interés social), también es de rango constitucional el deber del Estado de reconocer y pagar como contraprestación por la pérdida una indemnización, la cual tiene que corresponder a bienes o valores comerciales, enajenables y ciertos, equivalentes al perjuicio causado, razón por la cual la indemnización tiene por finalidad restablecer el equilibrio ante las cargas públicas, que es afectado por cuenta de la obligación que le surge a unos pocos de entregar sus bienes inmuebles para satisfacer el interés de la colectividad.

La Jurisprudencia de la Corte Constitucional, al analizar el tema de la indemnización en el marco de procesos de adquisición por utilidad pública e interés social, y estudiando armónicamente el artículo 58 Superior, con otras normas que integran el bloque de constitucionalidad, ha señalado que esta, además de ser previa⁵, debe ser justa.

En lo que respecta a esta última característica, es de señalar que si bien, de manera expresa el artículo 58 no la menciona, esta exigencia se deduce de la referencia que el texto constitucional hace a la necesidad de ponderar los intereses de la comunidad y del afectado al momento de fijar la indemnización derivada de la expropiación.

A propósito de este tema, la Corte Constitucional en Sentencia C 1074 de 2002 expresa que:

"(...) La jurisprudencia de esta Corte ha sostenido que la referencia a los intereses de la comunidad y del afectado, corresponde claramente a la exigencia constitucional del carácter justo que debe tener la indemnización. Así ha señalado: "esta frase significa que la indemnización debe ser justa, realizando así este alto valor consagrado en el Preámbulo de la Carta, lo cual concuerda, además, con el artículo 21 del Pacto de San José", según el cual "ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social en los casos y según las formas establecidas por la ley (...)" (Subrayado y resaltado fuera de texto).

Se ha entendido por parte de la jurisprudencia que para efectos de respetar y dar cumplimiento a la naturaleza justa de la indemnización, esta no puede equivaler solamente al precio comercial como contraprestación de la venta, ya que no tiene un carácter meramente compensatorio, sino que implica una entidad reparatoria, en virtud de la cual, se reconoce, además del valor comercial, el daño emergente, el lucro cesante y los demás daños derivados de la actuación del Estado. En el evento en que se entendiera que la indemnización sólo comprende el valor del bien y los daños derivados de la expropiación, o que éstos se reconocen parcialmente, esta no sería justa.

En efecto, en Sentencia C 153 de 1994, la Corte Constitucional señala que:

⁵ Corte Constitucional Sentencia C 153 de 1994 "(...) La indemnización tiene pues, un presupuesto de legitimidad para el ejercicio de la potestad de expropiar: su carácter preventivo, constituido por la indemnización previa. En efecto, la transferencia de la propiedad no puede producirse sino que previamente se haya pagado la indemnización (...)"



"(...) Así las cosas, la indemnización no es compensatoria, esto es, ella no es un presupuesto o una condición de la indemnización que genera una compensación a cargo del Estado y a favor del expropiado, por el enriquecimiento patrimonial del primero. Si así fuera, la indemnización se fijaría con base en el valor objetivo del bien y no, como ordena la Constitución -inciso 4° del art. 58-, "consultando los intereses de la comunidad y del afectado". De aceptarse la tesis del carácter compensatorio de la indemnización se tendría que concluir que la expropiación es una simple conversión de valores: los bienes expropiados se reemplazan por su equivalente en dinero y no comprendería por tanto los daños que sean consecuencia directa e inmediata de la expropiación. La indemnización en tal caso no sería entonces justa, como lo ordena el artículo 21 numeral segundo del Pacto de San José. (Subrayado y resaltado fuera de texto)

En el mismo sentido la máxima corporación constitucional en la Sentencia C 370 de 1994, con ponencia del Magistrado Fabio Morón Díaz, afirma que:

"(...) La expropiación establece una indemnización previa, que se determinará de acuerdo con el avalúo que efectúe el Instituto Agustín Codazzi, la forma de pago y la cancelación de gravámenes que recaigan sobre el bien; además, la indemnización no puede estar sujeta únicamente a un avalúo, esta debe contener todos los aspectos que se establecen en las leyes civiles sobre indemnización, para que no se castigue de manera indebida al propietario, pero que tampoco se permita su enriquecimiento con el esfuerzo del Estado. (...)"

En igual sentido, en providencia C 227 de 2011 ya citada, ésta Corporación reiteró que:

"(...) debe entenderse que la decisión de expropiar un bien del dominio privado, comporta necesariamente la obligación de pagar un precio justo, sin pecar por exceso o por defecto, pues es claro que una indemnización que exceda los límites de lo justo, o que resulte ser parcial o incompleta, se aparta del postulado de justicia consagrado por el constituyente. (...) En caso contrario, la expropiación administrativa podrá ser objeto de acción contencioso administrativa, respecto del precio, cuando el expropiado considere incumplido el mandato de que la indemnización sea justa y plena. (...)" Resaltado fuera de texto.

En la ya citada Sentencia C 1074 de 2002, se establece que el afectado tiene derecho a recibir indemnización que repare efectivamente los daños generados por la expropiación que se adelanta en su contra:

"(...) En tercer lugar, este cambio constitucional, aumenta la importancia de la indemnización en caso de expropiación como garantía para proteger la propiedad privada, y además destaca la clara voluntad del constituyente de garantizar a quien sea expropiado, que los daños ocasionados por esta

circunstancia queden indemnes, es decir, que el medio de pago empleado asegure una reparación efectiva de los daños (...).

(...) De lo anterior surge que la indemnización no se limita al precio del bien expropiado. Si bien la jurisprudencia reconoce que el particular también sufre daños adicionales a la pérdida patrimonial del inmueble, el cálculo del resarcimiento que deba recibir el particular, no se limita a considerar el valor comercial del bien, sino que puede abarcar los daños y perjuicios sufridos por el afectado por el hecho de la expropiación (...) (Subrayado y resaltado fuera de texto)

El máximo tribunal constitucional, a propósito del análisis que realizó sobre la constitucionalidad del Protocolo Modificatorio Adicional al Convenio sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de la República del Perú, reiteró que la indemnización debe ser justa y que esta implica una naturaleza resarcitoria y no simplemente compensatoria.

*(...) Para resolver este cargo examina el alcance de la expresión "plena" empleada en el art. 58 constitucional y afirma que i) la indemnización por expropiación es resarcitoria y no meramente compensatoria, por lo tanto debe cubrir tanto el daño emergente como el lucro cesante; ii) debe ser plena, es decir que reconozca todos los daños causados al expropiado y menciona expresamente daño emergente y lucro cesante donde la Corte anotó que "la expropiación exige la indemnización previa a la transferencia del derecho de dominio", y la sentencia C-1074 de 2002 Corte Constitucional, MP: Manuel José Cepeda Espinosa, donde la Corte examinó las reglas sobre la indemnización en caso de expropiación donde reiteró este criterio (...)*⁶.

Como hemos dicho, siguiendo los criterios de la Corte Constitucional, el carácter justo de la indemnización se fundamenta en el hecho de que, si bien el propietario tiene el deber jurídico de poner su propiedad a favor del interés general, esto no le impone asumir igualmente un detrimento en su patrimonio, pues afectaría el principio de equilibrio ante las cargas públicas; la carga que el propietario debe asumir es la pérdida de su derecho, aun en contra de su voluntad, pero ésta es la única que constitucionalmente está obligado a acarrear, de tal suerte que en el marco del proceso en virtud del cual se realice la transferencia del bien inmueble para ser destinado a un motivo de utilidad pública e interés social, este deberá recibir como contraprestación un precio indemnizatorio, justo que evite un empobrecimiento injustificado.

A propósito de esta afirmación, se transcribe la parte pertinente de la Sentencia C 227 de 2011:

Como bien se puede observar, el hecho de que en estos casos el interés general deba prevalecer sobre los intereses privados, no significa en modo alguno que por dicha circunstancia queden excluidas las garantías que la Constitución reconoce en favor del propietario, pues no puede pretenderse que éste deba asumir a título personal un detrimento en su patrimonio como consecuencia de la ruptura del principio de igualdad en el reparto de

⁶ Corte Constitucional Sentencia C 931 de 2003.

las cargas públicas. Como corolario de lo expuesto, debe entenderse que la decisión de expropiar un bien del dominio privado, comporta necesariamente la obligación de pagar un precio justo, sin pecar por exceso o por defecto, pues es claro que una indemnización que exceda los límites de lo justo, o que resulte ser parcial o incompleta, se aparta del postulado de justicia consagrado por el constituyente.

17. Así las cosas, toda indemnización que se torne írrita o injusta ocasiona un menoscabo o desmedro económico al patrimonio de la persona afectada con la expropiación, a quien le asiste el derecho subjetivo de ser indemnizada conforme a la garantía constitucional ya mencionada. En caso contrario, la expropiación administrativa podrá ser objeto de acción contencioso administrativa, respecto del precio, cuando el expropiado considere incumplido el mandato de que la indemnización sea justa y plena. Ello explica, por ejemplo el por qué el artículo 71° de la Ley 388 de 1997, por el cual se regula el proceso contencioso administrativo especial de expropiación por vía administrativa, establece textualmente lo siguiente en el inciso 1° y el numeral 6° (Resaltado fuera de texto)

Si bien, puede existir discrepancia en cuanto a si el carácter justo es sinónimo de indemnización plena o no⁷, lo cierto es que la Corte Constitucional ha reiterado que tiene que ser justa y que por regla general se debe reconocer una indemnización reparatoria, esto es aquella compuesta por daño emergente y por lucro cesante⁸, y que de manera excepcional, cuando no se cumpla con la función social de la propiedad, ésta tendrá un carácter compensatorio (sólo el valor comercial del inmueble) y que podrá ser restitutiva o integral, cuando estén de por medio personas especialmente protegidas por la Constitución y/o la Ley.

De otra parte, el carácter justo implica, como lo expresa la Corte Constitucional en la Sentencia C 1074 de 2002, que debe ser fijada teniendo en cuenta los intereses de la comunidad y del afectado y, por lo tanto, esos intereses deben ser ponderados caso por caso. La ponderación dentro del marco legal y constitucional la hará el juez civil en el evento de expropiación por vía judicial, y la entidad expropiante o el juez contencioso en el evento de la expropiación por vía administrativa; es decir, no se puede, so pena de incumplir el carácter justo, establecer reglas abstractas que impongan montos o plazos generales y abstractos.

Sobre el particular, la Corte Constitucional en la Sentencia C 1074 de 2002, varias veces citada, informa que:

La referencia a los intereses de la comunidad y del particular afectado también resalta un cambio fundamental introducido por el Constituyente en 1991: la fijación del valor de la indemnización difícilmente puede hacerse de manera

⁷ El Consejo de Estado ha afirmado que la indemnización debe ser plena, por ejemplo en Sentencia 14 de Mayo de 2009, Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Primera C.P. Rafael E. Ostau De Lafont Piñera Radiación 05001-23-31-000-2005-03509-01, e igualmente, la Corte Constitucional lo ha afirmado, entre otros en Sentencias C 153 de 1994, C 227 de 2011

⁸ En la Sentencia C 1074 de 2002 la Corte Constitucional señala que si bien por regla general la indemnización es reparatoria, podrá ser compensatoria (solo el valor comercial del inmueble) cuando no se cumple la función social de la propiedad y restitutiva o integral cuando estén vinculadas personas especialmente protegidas por la Constitución y la Ley

abstracta y general, sin tener en cuenta el contexto de cada caso, sino que requiere la ponderación de los intereses concretos presentes en cada situación, para que el valor de la indemnización corresponda en realidad a lo que es justo.

(...)

La ponderación de los intereses enfrentados en cada caso la hace el juez. Se trata de un requisito que también impide que el monto de la indemnización finalmente fijado, y las condiciones de su pago, sean arbitrarios, por violar los parámetros legales, por obedecer a prejuicios o a un animus discriminatoria, por carecer de razonabilidad en las circunstancias en que colisionaron el interés del afectado y el interés de la comunidad, o por ser evidentemente desproporcionados.

Por consiguiente, el establecimiento de reglas abstractas y generales para efectos de fijar el precio indemnizatorio, contraviene el precepto normativo de rango constitucional que impone el carácter justo de la indemnización, motivo por el cual no le es dable al legislador o a la administración, crear esquemas rígidos que solo permitan resarcir determinados perjuicios o fijar topes a los montos que por estos conceptos se deban pagar, porque, se repite, la justicia implica la revisión del caso concreto, so pena de ser considerados inconstitucionales.

Sobre el particular vale la pena traer a colación el salvamento de voto presentado por el Magistrado Ponente Carlos Betancur Jaramillo a la sentencia del 8 de agosto de 1989 del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera, que a la letra dice:

"(...) La fijación en el decreto reglamentario de topes o límites a tal indemnización es vía abierta hacia el desconocimiento del derecho de propiedad, pues, con la misma libertad con que el legislador aspira a que ella se quede dentro de un marco preciso y restringido, podría hacerla nugatoria. A la luz de la ley y del derecho no es pues de recibo la tesis que se orienta a indemnizar, no el ciento por ciento del daño, sino sólo un porcentaje de este. (...) Ello explica que la controversia sobre el monto de la indemnización no puede ser definida ni por el Legislativo ni por el Ejecutivo. Tal misión corresponde a los jueces de la República⁹ (...)" (Subrayado y resaltado fuera de texto).

Aunado a lo anterior, en diversos pronunciamientos proferidos por la Corte Suprema de Justicia, se declaró inexecutable normas que fijaban topes o restricciones al reconocimiento y pago de indemnizaciones en el marco de procesos de expropiación, al considerar que estos afectaban su carácter justo.

Así por ejemplo, en Sentencia de la Sala de Negocios Generales de noviembre 30 de 1956 (Gaceta Judicial núms. 2174 y 2175, págs. 727), se hace referencia a la Sentencia del 4 de noviembre de 1927, en la que se decidió declarar inexecutable el inciso segundo del artículo 2 de la Ley 84 de 1920 que establecía una restricción al monto de la indemnización.

Esta indemnización debe ser previa y plena de acuerdo con los artículos 30 y 31 de la Carta. Luego prescribiendo el constituyente que la indemnización es plena

⁹ Hay que entender esta cita bajo los criterios de la actual Constitución en la que a diferencia de la Constitución de 1886, existe además de la expropiación judicial, la administrativa que se encuentra de manera integral a cargo de la entidad expropiante, por lo cual al hacerse mención a que la definición debe hacerla el juez, esto se refiere únicamente a la autoridad administrativa correspondiente

es lógico concluir que ésta se infiere a dos elementos esenciales que según la doctrina uniforme y reiterada de esta Corporación proferida en ejercicio de la atribución constitucional, como el régimen legal de la expropiación, constituyen las bases estructurales que configuran la reparación que tiene derecho a percibir por la privación de su propiedad el expropiado. Esos dos elementos son el valor del inmueble expropiado y el perjuicio que por la expropiación se ocasione al sujeto activo del derecho.

Estas nociones se hallan consignadas en varios fallos sobre inconstitucionalidad de algunas normas legales, pronunciados por esta alta superioridad: son ellos en primer lugar, el de fecha 4 de noviembre de 1927, que decidió sobre la acusación presentada contra el artículo 2º. de la Ley 84 de 1920, fallo cuya parte pertinente dice: 'Declara inexecutable el segundo inciso del artículo 2º. de la Ley 84 de 1920 en la parte que dice: «y los perjuicios no podrán exceder del veinte por ciento del valor de la expropiación», y el último inciso o sea el quinto, del mismo artículo.

Los apartes resaltados de las normas acusadas, desconocen lo antes mencionado, por las siguientes razones:

- Fijar un límite temporal máximo de seis (6) meses para la tasación del lucro cesante, vulnera el carácter justo de la indemnización, ya que fija una regla general y abstracta que impide que la administración y/o el juez de la expropiación, analicen el caso concreto a fin de determinar el monto de la misma.

Dependiendo el caso concreto, podrá demostrarse que el lucro cesante que se causará por cuenta del proceso de adquisición de inmuebles por utilidad pública (infraestructura de transporte) es superior a 6 meses, razón por la cual, y de acuerdo con el imperativo constitucional contenido en el artículo 58 Superior, la indemnización, para ser justa, deberá incluir el tiempo que dure el lucro cesante. No resulta justo que habiéndose demostrado que el lucro cesante es superior a 6 meses, sólo se pague hasta dicho término por cuenta de una norma general y abstracta que impide a la administración y/o al juez la ponderación de los intereses de la comunidad y el afectado.

Al limitarse el pago del lucro cesante a 6 meses, se causará un detrimento patrimonial al particular cuyo derecho de dominio se cede para satisfacción del interés general, situación que resulta contraria a los postulados del artículo 58 de la Constitución Política y rompe el equilibrio ante las cargas públicas, pues se le impone una carga, que no tiene el deber de soportar.

Se reitera lo dicho en Sentencia C 1074 de 2002, antes transcrita en el sentido que:

(...) la indemnización debe ser fijada teniendo en cuenta los intereses de la comunidad y del afectado y, por lo tanto, esos intereses deben ser ponderados caso por caso. La ponderación dentro del marco legal y constitucional la hará el juez civil en el evento de expropiación por vía judicial, y la entidad expropiante o el juez contencioso en el evento de la expropiación por vía administrativa;

- La referencia a los intereses de la comunidad y del particular afectado también resalta un cambio fundamental introducido por el Constituyente en 1991: la fijación del valor de

la indemnización difícilmente puede hacerse de manera abstracta y general, sin tener en cuenta el contexto de cada caso, sino que requiere la ponderación de los intereses concretos presentes en cada situación, para que el valor de la indemnización corresponda en realidad a lo que es justo. (...)

La ponderación de los intereses enfrentados en cada caso la hace el juez. Se trata de un requisito que también impide que el monto de la indemnización finalmente fijado, y las condiciones de su pago, sean arbitrarios, por violar los parámetros legales, por obedecer a prejuicios o a un animus discriminatorio, por carecer de razonabilidad en las circunstancias en que colisionaron el interés del afectado y el interés de la comunidad, o por ser evidentemente desproporcionados.

Igualmente se reitera lo dicho en Sentencia de la Sala de Negocios Generales de noviembre 30 de 1956 (Gaceta Judicial núms. 2174 y 2175, págs. 727), se hace referencia a la Sentencia del 4 de noviembre de 1927, en la que se decidió declarar inexecutable el inciso segundo del artículo 2 de la Ley 84 de 1920 que establecía una restricción al monto de la indemnización.

Esta indemnización debe ser previa y plena de acuerdo con los artículos 30 y 31 de la Carta. Luego prescribiendo el constituyente que la indemnización es plena, es lógico concluir que ésta se infiere a dos elementos esenciales que según la doctrina uniforme y reiterada de esta Corporación proferida en ejercicio de la atribución constitucional, como el régimen legal de la expropiación, constituyen las bases estructurales que configuran la reparación que tiene derecho a percibir por la privación de su propiedad el expropiado. Esos dos elementos son el valor del inmueble expropiado y el perjuicio que por la expropiación se ocasione al sujeto activo del derecho.

Estas nociones se hallan consignadas en varios fallos sobre inconstitucionalidad de algunas normas legales, pronunciados por esta alta superioridad: son ellos en primer lugar, el de fecha 4 de noviembre de 1927, que decidió sobre la acusación presentada contra el artículo 2º. de la Ley 84 de 1920, fallo cuya parte pertinente dice: 'Declara inexecutable el segundo inciso del artículo 2º. de la Ley 84 de 1920 en la parte que dice: «y los perjuicios no podrán exceder del veinte por ciento del valor de la expropiación», y el último inciso o sea el quinto, del mismo artículo.

Tanto la Corte Constitucional como la Corte Suprema de Justicia se han pronunciado en forma previa señalando que reglas generales, como la definición de un tope de 6 meses para el lucro cesante, van en contravía del artículo 58 de la Constitución, y advierten que es el juez o la administración, según el caso, quien es competente para definir en cada concreto.

Es necesario resaltar que el artículo 58 de la Constitución, en concordancia con los pronunciamientos contenidos en diversas Sentencias de la Corte Constitucional y otras altas Cortes, señala que se debe reconocer una indemnización justa, la cual por regla general conlleva el pago de daño emergente y lucro cesante, para cuyo cálculo se debe analizar cada caso concreto, situación que impide al legislador imponer una regla rígida en virtud de la cual se establece un máximo temporal (6 meses) para tasar el lucro cesante.

Ninguna ley o reglamento puede desconocer el carácter justo de la indemnización, ya que vulneraría el principio constitucional contenido en el inciso final del artículo 58 Superior, de tal suerte que tanto la Ley 1682 de 2013 (modificada por la Ley 1742 de 2014), ni el Código General del Proceso en el parágrafo demandado, son inconstitucionales.

Ni las Leyes 1682 de 2013 y 1742 de 2014, ni el Código General del Proceso prevén pautas para cuantificar la indemnización diferente a aquéllas que son materia de demanda (esto es límite de 6 meses para lucro cesante y el reconocimiento y pago de daño emergente consolidado), pues estas se limitan a definir que en el marco del procedimiento de adquisición por utilidad pública, específicamente para obras de infraestructura de transporte, se debe reconocer y pagar indemnización.

Una lectura sistemática de las normas demandadas no permite llegar a conclusión diferente a que en el presente caso existe una violación al artículo 58 de la Constitución, pues se reitera se vulnera el carácter justo de la indemnización. El artículo 6 de la Ley 1742 de 2014, señala en su inciso primero establece que el precio de adquisición será el valor comercial definido por el IGAC o quien haga sus veces o por peritos privados y el inciso segundo establece que el valor comercial incluirá el daño emergente y lucro cesante, para luego en los incisos siguientes, fijar reglas que contrarían el carácter justo de la indemnización. La Ley 1682 de 2013 en punto del cálculo del daño emergente, no trae pautas para la cuantificación de la indemnización que permitan concluir que las normas demandadas no contravienen la Constitución; en su artículo 23 se reitera que el avalúo comercial, de ser procedente incluirá valores de indemnizaciones, y el artículo 37, que posteriormente fue modificado por el artículo 6 de la Ley 1742 de 2014, establecía que el avalúo incluiría el daño emergente y el lucro cesante. Por su parte el artículo 399 de 2012 (Código General del Proceso) en punto de la indemnización se limita a señalar que el lucro cesante se pagará por 6 meses, sin fijar pautas para tasación diferentes.

Los criterios y pautas para la cuantificación de indemnización en el marco del procesos de adquisición predial por utilidad pública e interés social (enajenación voluntaria – expropiación) no han sido definidos por el legislador, sino que estos devienen de pronunciamientos judiciales, entre otras razones porque precisamente los criterios y las pautas pueden llegar a vulnerar el carácter justo de la indemnización, y por ende el artículo 58 superior.

La demanda de constitucionalidad, según el Decreto Ley 2067 de 2001 debe presentar las normas demandadas, las normas constitucionales supuestamente infringidas y las razones de la supuesta violación, sin que sea necesario hacer un análisis integral de la normatividad, ni realizar una interpretación sistemática del ordenamiento, pues esto corresponde al juez constitucional; no obstante lo anterior, en el presente caso, al revisar la Ley 1742 de 2014, la Ley 1682 de 2013, y el Código General del Proceso encontramos que dichas normas y específicamente los apartes demandados sí contradicen la constitución política.

La determinación de sólo reconocer daño emergente derivado de daño consolidado y cierto, también viola el carácter justo de la indemnización, y desconoce la definición legal y el desarrollo jurisprudencial de los daños a ser reparados.

En efecto, como lo recuerda la Sentencia C 370 de 1994, ya citada, la indemnización, para ser justa, debe contener todos los aspectos que se establecen en las leyes civiles

sobre indemnización para evitar que se le castigue al propietario, y también que éste se enriquezca.

Ahora bien, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 1614 del Código Civil¹⁰, en consonancia con lo establecido por la jurisprudencia de las Altas Cortes¹¹, el daño emergente supone la pérdida, con la consiguiente necesidad -para el afectado- de efectuar un desembolso para recuperar ésta pérdida; conlleva que algún bien económico salió o saldrá de su patrimonio para restablecer las condiciones existentes antes del daño.

En consecuencia, el daño emergente no se limita a los daños consolidados, esto es aquéllos ya ocurridos al momento de su tasación, sino también a aquéllos denominados daños futuros ciertos, es decir aquéllos que si bien no han ocurrido, al revisar las particularidades del caso concreto se logra evidenciar que sí ocurrirán.

El daño para ser indemnizado no requiere que haya ocurrido, esto es que esté consolidado, sino que requiere que sea cierto, sin importar que sea presente o futuro, contrario al daño eventual o hipotético, que por corresponder a meras expectativas no debe ser reparado.

El Consejo de Estado en Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera¹², a propósito de lo que aquí se comenta, explica que:

"Para que el daño sea resarcible o indemnizable la doctrina y la jurisprudencia han establecido que debe ser: (i) personal, esto es, que sólo puede ser reclamado por quien lo sufre, bien se trate de la víctima o sus causahabientes, o de quien resulte damnificado con el daño sufrido por un tercero; (ii) cierto, por oposición al eventual o hipotético, es el perjuicio que aparece debidamente acreditado, a través de cualquier medio probatorio, incluidos los medios indirectos, como el indicio, al margen de que dicho perjuicio sea actual o futuro, porque la certeza del daño hace relación a la evidencia y seguridad de su existencia, mientras que el eventual es el daño que "hipotéticamente puede existir, pero depende de circunstancias de remota realización que pueden suceder o no", (resaltado fuera de texto)

En igual sentido, Javier Tamaño Jaramillo en su obra Tratado de Responsabilidad Civil¹³, afirma que:

"En principio, no cabe duda de que el daño futuro pero cierto, y no meramente eventual, da lugar a indemnización. Por lo tanto, no se exige que el daño sea actual; puede ser actual o futuro, a condición de que haya certidumbre en su existencia. Sin embargo, esa seguridad, como ya lo hemos dicho, está fundamentada en leyes de probabilidad puesto

¹⁰ Entiéndese por daño emergente el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento (...)

¹¹ Ver Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil Sentencia de Mayo 7 de 1968. (...) El Daño Emergente abarca la pérdida misma de elementos patrimoniales, los desembolsos que hayan sido menester o que en el futuro sean necesarios y el advenimiento del pasivo, causados por los hechos de los cuales se trata de hacer la responsabilidad;

¹² Consejo de Estado Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera Consejera ponente RUTH STELLA CORREA PALACIO. Radicación número: 52001-23-31-000-1998-00088-01(18425)

¹³ Ver Tomo II Segunda Edición 2007 Pág. 341

que nada de lo futuro tiene certidumbre absoluta de producirse. El hecho de que durante millones de años el sol haya salido por la mañana, no quiere decir que necesariamente saldrá en el futuro, puesto que las leyes naturales pueden alterar el curso de la cadena causal. Así las cosas, ningún perjuicio futuro tiene las características de certeza absoluta. No nos cansaremos de repetirlo: el juez declarará la existencia del daño, con base en las reglas de la experiencia y el sentido común de su propia vida"

Al limitar la norma acusada la indemnización por daño emergente a los daños consolidados, se está dejando de lado los daños futuros ciertos, que también tienen que ser reparados, situación que evidentemente afecta el carácter justo que debe tener la indemnización en el marco del proceso de adquisición por utilidad pública e interés social.

Aunado a lo anterior, el inciso cuarto del artículo 6 de la Ley 1742 de 2014, no solo excluye la posibilidad de indemnizar daños emergentes futuros, sino que al revisar en forma armónica el artículo en comento, se encuentra que el inciso quinto señala que la indemnización en caso de expropiación será calculada al momento de la oferta de compra, situación que implica que en la práctica no habrá lugar al reconocimiento de daño emergente, con contadas excepciones, ya que al momento de la oferta de compra, primera etapa del procedimiento de adquisición, seguramente no se habrá consolidado ningún daño emergente, ya que el propietario hasta ahora tendrá conocimiento de que su inmueble será adquirido, sin que haya incurrido en erogaciones de dinero para reparar la pérdida de su derecho de propiedad.

En consecuencia, resulta contrario al carácter justo de la indemnización el inciso cuarto de la norma en comento, no solo porque se está excluyendo en forma indebida el daño futuro cierto (para daño emergente), sino porque en la práctica se estaría haciendo nugatoria el pago de cualquier daño emergente que para que sea reconocido tiene que haber sido consolidado al momento de la oferta de compra.

Para finalizar, también resulta contrario al carácter justo de la indemnización y por lo tanto violatorio del artículo 58 de la Constitución Política, que la ley prevea que en caso de expropiación no se pagará el valor comercial del inmueble expropiado, como es debido, sino su valor catastral.

En primer lugar, el inciso tercero del artículo 6 de la Ley 1742 de 2014, señala que el valor del inmueble forma parte del daño emergente, razón por la cual, integra el concepto de indemnización, el cual, según la jurisprudencia transcrita al inicio del presente capítulo, impone que tenga el carácter justo.

Trayendo nuevamente a colación la providencia C 227 de 2011, desconoce el carácter justo de la indemnización el pago parcial o incompleto:

"(...) debe entenderse que la decisión de expropiar un bien del dominio privado, comporta necesariamente la obligación de pagar un precio justo, sin pecar por exceso o por defecto, pues es claro que una indemnización que exceda los límites de lo justo, o que resulte ser parcial o incompleta, se aparta del postulado de justicia consagrado por el constituyente. (...) En caso contrario, la expropiación administrativa podrá ser objeto de acción contencioso administrativa, respecto del precio, cuando el expropiado considere incumplido el mandato de que la indemnización sea justa y plena. (...)"
Resaltado fuera de texto.

Aunado a lo anterior, en sentencia C 306 de 2013, ya transcrita, se afirma que:

Para la Corte el ejercicio de la potestad expropiatoria supone un singular sacrificio de los derechos del afectado, en la medida que vulnera su voluntad al disponer del peculio privado. Con el fin de repararlo, el constituyente ha previsto, como consecuencia de esa facultad, una indemnización que equilibra los derechos materia del daño causado, el cual se explica por una acción administrativa que es legítima.

La indemnización, según la Corte Suprema de Justicia, es "definición y reconocimiento del derecho del propietario, con anterioridad a la expropiación, de modo que no haya, por una parte, expropiaciones arbitrarias, y por otra, que el dueño pueda contar desde entonces con bienes o valores comerciales, enajenables y ciertos, equivalentes al perjuicio causado". (Resultado fuera de texto)

Ahora bien, el avalúo catastral sirve de base para el cálculo del impuesto predial, y este por lo general contiene un precio inferior al valor comercial de los inmuebles¹⁴, de hecho el artículo 34 de la Ley 1682 de 2013, señala que cuando el avalúo comercial supere al catastral en un 50%, aquél servirá de base para realizar la actuación al avalúo catastral, con lo cual se hace evidente que el valor catastral es inferior al comercial.

La Jurisprudencia ha establecido que el avalúo catastral es diferente al avalúo comercial y tienen finalidades distintas:

Sobre el particular, vale la pena citar el pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia en Sentencia de 31 de agosto de 2010, Exp. No. 52001-31-03-004-2004-00180-01, que a la letra dice:

"(...) el avalúo catastral fue concebido por las normas tributarias con el fin de determinar la base gravable del impuesto predial. Así lo establece el artículo 7° del Decreto 3496 de 1983, al expresar que «el avalúo catastral consiste en la determinación del valor de los predios, obtenido mediante investigación y análisis estadístico del mercado inmobiliario. El avalúo catastral de cada predio se determinará por la adición de los avalúos parciales practicados independientemente para los terrenos y para las edificaciones en él comprendidas», mientras que el artículo 3° de la Ley 44 de 1990, señala que «la base gravable del Impuesto Predial Unificado será el avalúo catastral, o el autoavalúo cuando se establezca la declaración anual del impuesto predial unificado».

3.2. Por su parte, el avalúo comercial representa el valor de un bien en el mercado, en un momento y en un lugar determinado, teniendo en cuenta sus características particulares. En ese sentido, el artículo 2° del Decreto 1420 de 1998, señala que «se entiende por valor comercial de un inmueble el precio más favorable por el cual éste se transaría en un mercado donde el comprador y el vendedor actuarían libremente, con el conocimiento de las condiciones físicas y jurídicas que afectan el bien». No se trata ya de un dato tendiente a fijar el monto de un tributo, sino de la tasación concreta de un bien, de acuerdo con las reglas de la oferta y la demanda, atendidas, desde luego, la movilidad y el dinamismo de la economía, así como las condiciones

¹⁴ Esta situación es aceptada por el propio legislador, por ejemplo en el artículo 83 de la Ley 1150 de 2007 (programa que si bien fue derogada sirve para ilustrar el tema) que establece que si el avalúo comercial de un inmueble requerido para la ejecución de proyectos de infraestructura de transporte, en la medida en que supere en un 50% el valor del avalúo catastral, podrá ser utilizado como criterio para actualizar el avalúo catastral (...)

especiales de ese sector del comercio. A diferencia del avalúo catastral, es posible que aquí si se tomen en consideración circunstancias especiales como el valor histórico, cultural o artístico de un predio, o incluso, su entorno paisajístico'

Ahora bien, es verdad que en materia procesal civil, la Ley 794 de 2003, con miras a agilizar el proceso ejecutivo, estableció que «tratándose de bienes inmuebles, el valor será el del avalúo catastral del predio incrementado en un cincuenta por ciento (50%), salvo que en lo aporte considere que no es idóneo para establecer su precio real». Sin embargo, en torno a esa norma, que invoca el recurrente en diferentes oportunidades, hay que hacer varias precisiones.... la norma en ningún momento equipara el avalúo catastral y el valúo comercial, sino que, por el contrario, reconoce implícitamente que uno y otro son disímiles, sólo que para efectos de hacer más célere el recaudo judicial, habilita a las partes para que mediante un cálculo de sencilla realización, se agote una etapa del juicio y se abra paso, de manera inmediata, la subsiguiente; y... es que esa forma de tasar el valor comercial de un predio sólo tiene aplicación en el seno del proceso ejecutivo, pues se trata de una norma especialmente concebida para esa actuación, de modo que los parámetros allí enunciados no pueden trasladarse, sin más, a otros casos en los cuales el legislador exija la demostración del avalúo comercial, pues el avalúo catastral es apenas referente para una subasta en que el mercado fijará el precio"

Al revisar en conjunto el artículo 6 de la Ley 1742 de 2014 se concluye, sin mucho esfuerzo, que la previsión del inciso quinto ídem, tiene por finalidad castigar al propietario que no enajene voluntariamente su inmueble, ya que al señalarse que en la etapa de expropiación se tendrá en cuenta el avalúo catastral, y no el comercial, como ocurre en la etapa de enajenación voluntaria, se está imponiendo al expropiado una carga adicional a la de perder su derecho de dominio, lo cual implica un empobrecimiento injustificado que no tiene porqué soportar, de tal suerte que la entidad expropiante no pagará el valor necesario para que el propietario expropiado tenga los recursos económicos suficientes para reemplazar su inmueble por otro de características y condiciones similares. Si el avalúo comercial y el catastral fueran iguales, no tendría justificación que para la enajenación voluntaria se tenga en cuenta el primero y para la expropiación el segundo; es evidente que el artículo en comento quiere sancionar a aquéllos que no vendan su inmueble, al reconocer un valor inferior a aquél que recibirán los que sí lo hagan

Al tomarse en cuenta el valor catastral, en vez del valor comercial para calcular la indemnización en el proceso de expropiación, se vulnera el carácter justo, ya que se pagará una indemnización parcial o incompleta, pues se reitera, el avalúo catastral es menor al comercial, recordando que la misma Ley 1682 de 2013 y el Plan Nacional de Desarrollo vigente, reconocen esta situación.

Competencia de la Corte Constitucional

El artículo 241 de la Constitución Política de 1991, establece que a la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Por lo tanto, en aras de dar cumplimiento de dicha norma, debe cumplir la función de "Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes, tanto en su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación".

Protegido por Habeas Data

El artículo 4 determina: "La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la Ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales".

El Decreto Legislativo 2067 de 1991 señala los aspectos procesales de los procesos y actuaciones que deban surtirse ante la Corte Constitucional.

De acuerdo con lo anterior, son ustedes competentes para conocer y fallar el presente asunto.

VI. NOTIFICACIONES

Protegido por Habeas Data

Atentamente;

Protegido por Habeas Data

Protegido por Habeas Data