

# **La expropiación forzosa, delimitación de derechos y responsabilidad patrimonial.**

## **De la administración pública, con énfasis en las indemnizaciones frente a la nueva delimitación de derechos\***

*Expropriation, Delimitation of Rights and Liability of Public Administration, With an Emphasis on Compensation against the New Delimitation of Rights*

*Expropriação, a delimitação dos direitos e responsabilidades da administração pública, com ênfase na compensação contra a nova delimitação de direitos*

**Ronald Edgardo Cuenca-Tovar**

Doctorado en Derecho de la Universitat Pompeu Fabra de Barcelona. Máster Avanzado Oficial en Ciencias Jurídicas de la Universitat Pompeu Fabra de Barcelona. Docente investigador Universidad Manuela Beltrán. Bogotá-Colombia.

**Judith Patricia Beltrán-Ramírez**

Magistrante en Derecho de la Universidad Sergio Arboleda, Abogada egresada de la Universidad Libre de Bogotá. Docente de Investigación de la Universidad Manuela Beltrán, Bogotá-Colombia.

Fecha recepción: 05 de noviembre de 2015

Fecha aceptación: 20 de diciembre de 2015

### **Resumen**

Este artículo muestra las diferencias entre tres figuras dentro del derecho público que en un principio puede parecer casi lo mismo, pero en teoría están lejos el uno del otro, estas figuras son: la condena, la delimitación de los derechos y la responsabilidad del Estado; una vez establecidas las diferencias, se estudia en detalle la figura de la limitación de los derechos y la posibilidad de que esta de lugar al pago de una indemnización.

### **Palabras clave**

Expropiación, delimitación de los derechos, responsabilidad de la administración pública, compensación, confianza legítima, igualdad de las cargas, la equidad, títulos de imputación.

### **Abstract**

\* **Cómo citar:** Cuenca-Tovar, R.E., Beltrán-Ramírez, J. P. (2015). La expropiación forzosa, delimitación de derechos y responsabilidad patrimonial. De la administración pública, con énfasis en las indemnizaciones frente a la nueva delimitación de derechos. *Revista Criterio Libre Jurídico*, 12(1), 95-124 <http://dx.doi.org/10.18041/crilibjur.2015.v12n1.23108>

This article illustrates the differences between three figures within the public right that at first may seem like almost the same, but in theory are far from each other, these figures are the condemnation, delimitation of rights and responsibility of the State; once established differences is studied in detail the figure of the delimitation of rights and the possibility that this rise to the payment of compensation.

## Keywords

Expropriation, delimitation of rights, responsibility of public administration, compensation, legitimate expectations, equal loads, equity, imputation titles.

## Resumo

Este artigo mostra as diferenças entre as três figuras do direito público que, inicialmente, pode parecer quase a mesma, mas, em teoria, estão longe um do outro, estes números são a condenação, a delimitação dos direitos e responsabilidade do Estado; uma vez estabelecida diferenças é estudado em detalhe a figura da limitação de direitos ea possibilidade de que este lugar para pagar uma indemnização.

## Palavras-chave

Desapropriação, delimitação de direitos, prestação de contas da administração pública, a remuneração, as expectativas legítimas, cargas iguais, equidade, título de imputação.

## Introducción

La responsabilidad patrimonial de la administración pública, la expropiación forzosa y la delimitación de derechos, no siempre figuran con perfiles claros, se aproximan tanto, que resulta difícil identificarlos, especialmente porque no faltan supuestos en los que el propio legislador contribuye con esa confusión; estas dudas afloran principalmente en casos pensionales, chocando con principios de confianza legítima, seguridad jurídica y derechos adquiridos. Especialmente porque no faltan supuestos en que las propias altas cortes han contribuido a esa confusión, confundiendo los términos debido a su cercanía conceptual.

Así, la expropiación tiene dos notas que la diferencian de la responsabilidad: el daño se causa deliberadamente y pretende conseguir una utilidad pública o interés social, de tal modo que es un medio necesario para conseguir un fin público (Garrido Falla, 1898, p. 7); por el contrario, la responsabilidad es una garantía de los ciudadanos y no una potestad de la administración; en este caso los daños no son deliberadamente causados, no son un medio necesario para el fin público, es una consecuencia indeseada de la actividad de la administración en la que sí se debe perseguir siempre el interés general; aunque ambas tienen como nota común, ser instituciones que persiguen la integridad patrimonial del administrado.

De tal modo, conforme a nuestro sistema, la responsabilidad queda excluida cuando hay una delimitación de derechos o una expropiación ajustada al ordenamiento jurídico, y por ello sería necesario incorporar otras figuras, como las instituciones existentes en el sistema administrativo

alemán, para dar una explicación acorde con la realidad jurídica, en cuanto a ciertos supuestos concretos para los que en nuestro sistema conlleva indemnización, por tratarse de una delimitación de derechos de carácter legítima y jurídicamente correcta, sin ser en ningún evento expropiación forzosa (Röfner, 2002).

Así, pueden existir casos en que se prevé indemnización, sin que exista responsabilidad, ni un deber jurídico que soportar, lo que hace necesario explicar cómo el legislador o la administración pueden excepcionar la regla general al prever una compensación.

La otra institución fundamental dentro del objeto de esta investigación es la delimitación de derechos, institución que infunde dudas en relación a la expropiación y la responsabilidad patrimonial, ya que es difícil demarcar la frontera entre estas instituciones.

La principal cuestión que se intentará resolver con esta investigación es ¿hasta dónde está obligada una persona a soportar sin indemnización la delimitación de sus derechos? Pues bien, aquí radica la clave, en que exista o no, en el caso concreto, el deber jurídico de soportar el perjuicio infligido al particular con ocasión de la intervención administrativa, y más, en relación a la delimitación de derechos, y si procedería o no, algún título de imputación para hacer exigible la indemnización, o ante la ausencia de título de imputación se podría ver un régimen de solidaridad social.

Lo que se entendería, sin mucha interpretación, es que si no existe un deber jurídico de soportar el daño, puede entrar en juego la teoría de la delimitación de derechos, eso sí siempre y cuando el perjuicio no consista en una expropiación, es decir, que el fin que se persiga con la intervención de la Administración que causa el daño no sea privar de ese bien particular.

¿Hasta dónde está obligada una persona a soportar sin indemnización la delimitación de sus derechos?

¿La teoría de la delimitación de derechos, constituye fundamento de indemnización a cargo del Estado Colombiano, en contexto de la Constitución Política de 1991?

Se trata pues de tres figuras: la expropiación forzosa, la delimitación de derechos y la responsabilidad patrimonial de la administración pública, que no resultan muy bien señaladas sus diferencias tanto en la parte teórico a como en la parte práctica, situación a la que se pretende dar luces dentro de la presente investigación.

## **1. Las diferencias y características fundamentales entre los conceptos**

La necesidad de delimitar los conceptos de expropiación forzosa, delimitación de derechos y responsabilidad patrimonial de la administración, radica en que las fronteras entre esta figuras jurídicas se encuentran muy difusas en los sistemas jurídicos como el colombiano y el español, en los que inicialmente la figura de expropiación forzosa y responsabilidad patrimonial de la administración, fueron vinculadas de manera legal, al ser estas el origen primordial de responsabilidad de la administración, pero sin aclarar las características especiales de cada institución jurí-

dica, y sería más difusa en estos sistemas definir la potestad indemnizatoria de la delimitación de derechos con lo que se pretende, no atentar contra otros principios fundamentales como lo serían la igualdad, proporcionalidad y la confianza legítima, la implementación de normas que alteren de manera ostensible los derechos adquiridos de los administrados, ante lo cual sería procedente que operara una indemnización, para así respetar los principios constitucionales anteriormente señalados, previo estudio de la tabla de valores y efectuar el correspondiente estudio de derechos.

La confusión habitualmente se presenta, porque en el punto donde termina la delimitación de derechos, inicia inmediatamente la expropiación forzosa, esta continuidad es la que se presta a confusión, al igual que la procedencia de indemnización en ambos casos.

En Alemania esta situación no se presenta tan confusa, debido a que estas formas jurídicas se encuentran dentro de la figura general de las prestaciones indemnizatorias públicas (*staatliche ersatzleistungen*), se consideran categorías indemnizatorias, previamente demarcadas y clasificadas, estas se deben estudiar en conjunto para así asegurar una protección integral del administrado.

Dentro de este sistema jurídico, se presenta por regla general la responsabilidad fundada en la culpa, y la responsabilidad por riesgo objetiva (*gefährdungshaftung*), se encuentra limitada a unos casos particulares y concretos expresamente contemplados por la ley.

De esta manera, si alguien en ejercicio de un cargo público, infringe los deberes de este, la responsabilidad inicialmente recaerá en la administración y una vez resarcido el perjuicio, utilizará la acción de regreso en caso de presentarse dolo o culpa grave.

Así, ante la presencia de una expropiación forzosa, la administración resarcirá el valor del bien o el derecho dañado, pero no la totalidad de los daños y perjuicios sufridos; esto se da por ser un proceder lícito y en aras de la función pública. Pero cuando se está ante un funcionamiento anormal, ilícito o culposo, se originará la responsabilidad extracontractual patrimonial de la administración en la cual el objetivo es situar al afectado en la posición en la que se encontraría de no haberse producido el daño.

En el caso de la delimitación de derechos, esta no se considerara una expropiación forzosa propiamente dicha porque no siempre será indemnizable, el caso más emblemático sería los daños sufridos por los establecimientos comerciales como consecuencia de las dificultades causadas por obras públicas (Pantaleón Prieto, 1994), siendo estos daños cuasi expropiatorios o de sacrificio, los cuales se cuadrarían dentro del funcionamiento normal de los servicios públicos, estos perjuicios son totalmente previsibles, siempre en procura de un interés general, afectando a derechos no patrimoniales, y no afectando todos los derechos sino algunos (Honor, nombre, datos personales, integridad personal, vida y la libertad entre otros), (Maurer a. v., 2012).

Lo anterior revela la importancia y la estrecha relación entre la delimitación de derechos, la expropiación forzosa y la responsabilidad patrimonial de la administración, y hasta qué punto las falencias de una pueden ser suplidas por las demás figuras, constituyendo entre todas el sistema de

protección de los ciudadanos, lo que tornó imperativo analizar y saber diferenciar estas tres figuras.

### 1.1. Concepto y alcance de la expropiación forzosa

La expropiación forzosa encuentra su definición más acorde para los fines aquí perseguidos en la jurisprudencia alemana del BVerfG, la cual la define como:“(…) La privación total o parcial de posiciones jurídicas patrimoniales, mediante un acto jurídico de derecho público dirigido a producirla, realizada para la satisfacción de determinadas finalidades públicas (...)” (Maurer, s.f., p. 679, citado en Mir Puigpelat, 2012).

Este constituye la facultad de la administración de privar a un administrado de una posición jurídica patrimonial, en cumplimiento de un interés general.

De esta manera, la expropiación forzosa abarca toda privación total o parcial de derechos e intereses patrimoniales “*acordada imperativamente*”, (esto es, mediante un acto jurídico de Derecho público dirigido a producirla), por el poder público (el legislador y, más frecuente mente la Administración), para la satisfacción del interés general. En ella el daño irrogado al particular aparece como verdadero sacrificio. Articulándose no solo como potestad en manos del poder público sino, también, como garantía de los derechos e intereses patrimoniales, la expropiación debe siempre venir acompañada de indemnización.

Atendiendo su identidad estructural con las expropiaciones formales, convendría dar tratamiento análogo a todas aquellas actuaciones materiales de tipo expropiatorio de la Administración.

La expropiación forzosa causa deliberadamente un daño al administrado, daño que se encuentra legitimado en razón a su finalidad, que es el interés general, siempre y cuando este daño sea reparado por parte de la administración. Esta característica, se diferencia de la responsabilidad patrimonial de la Administración en que esta abarca los daños accidentales accesorios de la actuación pública que se llegaren a causar al administrado para la consecución del interés general, no los intencionales, los cuales le corresponderían a la expropiación forzosa.

Así, el daño que es producido dentro de la expropiación forzosa por parte de la Administración, se constituye en un medio necesario para la obtención de un fin público, por su parte la responsabilidad patrimonial de la Administración no sería un medio necesario para lograr un fin, sino una garantía que tienen los ciudadanos en caso de que resultaren afectados con la actuación administrativa.

Excluyendo del interés general cualquier tipo de actuación dolosa de un funcionario o agente de la Administración, la cual tendrá consecuencias tanto disciplinarias como en el derecho penal si lo admitiere.

Esta concepción es distinta a la italiana, la cual sienta la diferencia entre expropiación y responsabilidad patrimonial, en la licitud o ilicitud de la actividad administrativa, productora del daño.

Igualmente, se diferencia de la jurisprudencia y doctrina alemana, la que sostiene que la intervención equivalente a la expropiación no es más que una forma de responsabilidad estatal encubierta y que su objeto consiste en compensar parcialmente la lesión causada (Mir Puigpelat, 2012).

Se puede concluir que la expropiación forzosa es el mecanismo por excelencia utilizado por la Administración, para cumplir con su finalidad primordial que es asegurar el cumplimiento de su interés general, y para esto es necesario causar un daño el cual sería voluntario y compensado en el valor del bien patrimonial objeto de este, para así cumplir el principio de igualdad entre las cargas públicas.

### **1.1.1. Concepción jurisprudencial de la expropiación forzosa**

Dentro de la concepción jurisprudencial colombiana, la Corte Constitucional ha definido a la expropiación “como una operación de derecho público por la cual el Estado obliga a un particular a cumplir la tradición del dominio privado al dominio público de un bien, en beneficio de la comunidad y mediante indemnización previa” (Sentencia C-1074 de 2002).

Al interior del Estado social de derecho, la protección del derecho a la propiedad y los demás derechos adquiridos están vinculados a los principios de solidaridad y de prevalencia del interés general (Constitución Política de Colombia artículo 1).

De esta manera, la función social inherente a la propiedad está dirigida a desarrollar y efectivizar los intereses de la sociedad, sobre los intereses particulares, sin renunciar al ejercicio de sus derechos y deberes sociales, contribuyendo de esta forma a la realización de intereses que trascienden la espera meramente individual.

La Corte Constitucional colombiana se ha pronunciado en numerosas ocasiones en relación con el contenido, los alcances y las limitaciones del derecho de los administrados, protegido por el artículo 58 constitucional (Sentencia C-006 de 1993.). Ha establecido su carácter de derecho fundamental bajo las particulares condiciones que ella misma ha señalado y reconocido, la especial protección que le ha otorgado la Constitución a este derecho y a los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, dentro del conjunto de artículos constitucionales que regulan algún aspecto de la propiedad.

Así mismo, la jurisprudencia de la corte ha distinguido los elementos que contiene el artículo 58 de la Constitución colombiana como son:

- La garantía de la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles (Corte Constitucional Sentencia c-147 de 1997).
- La protección y promoción de formas asociativas y solidarias de propiedad.
- El reconocimiento del carácter limitable de la propiedad.
- Las condiciones de prevalencia del interés público o social sobre el interés privado.
- El señalamiento de su función social y ecológica, y
- Las modalidades y los requisitos de la expropiación.

Basándose en estas consideraciones, la Corte Constitucional define la expropiación como una operación de derecho público, por la cual el Estado obliga a un particular a cumplir la tradición

del dominio privado al dominio público de un bien, en beneficio de la comunidad y mediante indemnización previa (Sentencia C-153 de 1994).

Dado que esta es la limitación más gravosa que puede imponerse sobre el derecho de propiedad legítimamente adquirido, la Constitución ha rodeado la figura de la expropiación de un conjunto de garantías al ciudadano afectado con la medida, siendo la principal de ellas, la indemnización previa, lo cual está basado en el artículo 58 de la Constitución colombiana que consagra el principio *ubi expropriatio ibi indemnitas*, según el cual, el sacrificio que representa la expropiación debe ser indemnizado con el objetivo de reparar la afectación del derecho de propiedad privada y preservar el principio de igualdad ante las cargas públicas.

Aun cuando el texto constitucional no menciona expresamente si la indemnización por expropiación debe ser justa, esta exigencia se ha deducido de la referencia que hace el texto del artículo 58 de la Carta, a la necesidad de ponderar los intereses de la comunidad y del afectado al momento de fijar la indemnización por expropiación.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional 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 (...) (Sentencia C-153 de 1994).

Pero la ponderación de intereses señalada por la Corte Constitucional tiene un gran inconveniente, cual sería que este estudio de intereses lo realizará el juez sin tener ningún marco de actuación o consideraciones objetivas, lo que abriría la posibilidad de existir fijaciones arbitrarias; prueba de esta falencia es que a pesar que el artículo 58 constitucional no hace referencia alguna a la naturaleza plena de la indemnización en caso de expropiación, la Corte Constitucional mediante la sentencia C-153 de 1994, abrió el paso a que la indemnización originada en la expropiación, no fuera una mera restitución del valor del derecho patrimonial objeto de expropiación, como ocurre en el caso alemán.

Sino que hace referencia a una indemnización plena, abarcando el daño emergente y el lucro cesante, según la Corte, en aras del cumplimiento de la función reparatoria, esto implica aún más inconvenientes porque impide una diferenciación clara entre la figura de expropiación forzosa y la responsabilidad patrimonial de la administración pública, esta última que según su naturaleza y finalidad debería consagrar la reparación integral del daño, lo que incluiría el daño emergente y el lucro cesante, y debido a su función pública como mecanismo por medio del cual la administración cumple unos objetivos de interés general la expropiación solo debería contemplar el valor objetivo del derecho patrimonial objeto de pérdida por parte del administrado, sin tener en cuenta los dejados de percibir o el daño moral, las cuales serían características propias de la responsabi-

dad patrimonial de la administración pública, por tener su naturaleza la función de última garantía de protección de los administrados ante una actuación fortuita de la Administración y no deseada y predeterminada, como ocurre en el caso de la expropiación.

Dentro del derecho internacional como en el comparado, a pesar de que cada sistema se regula de manera diversa las condiciones particulares que rodean la figura de la expropiación, se pueden apreciar características comunes al interior de los diferentes ordenamientos, como lo es el pago de una indemnización inversionista desposeído, el carácter no discriminatorio de las medidas, su fundamento en motivos de utilidad pública, el respeto de los procedimientos legales de derecho interno y el respeto de las obligaciones específicas contraídas entre el estado que adopta las medidas y los inversionistas afectados.

Estas características comunes se pueden encontrar en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, artículo 17 referente al derecho de propiedad así“(...) siendo la propiedad un derecho inviolable y sagrado, nadie puede ser privado de ella, sino cuando la necesidad pública, legalmente justificada, lo exija evidentemente y a condición de una justa y previa indemnización (...)”.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica, artículo 21 numeral. 2, dice:“(...) ninguna persona puede ser privada de su bienes, excepto mediante pago de indemnización justa por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas en la Ley (...)”.

La Convención Europea de Derechos Humanos artículo 1 del primer protocolo adicional señala:

(...) Toda persona física o moral tiene el derecho al respeto de sus bienes. Nadie puede ser privado de su propiedad, más que por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas por la ley y los principios generales del derecho internacional.

Las disposiciones precedentes se entienden sin perjuicio del derecho que poseen los Estados de poner en vigor las leyes que juzguen necesarias para la reglamentación del uso de los bienes de acuerdo con el interés general o para asegurar el pago de los impuestos u otras contribuciones o de multas (...)

La Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, y la concepción Interamericana de Derechos Humanos<sup>1</sup>, establecen que la indemnización es necesaria para que la expropiación se ajuste a sus dictámenes y respeto de la propiedad privada.

Igualmente, aunque la Convención Europea no estipula la necesidad de indemnización de manera explícita, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), ha sostenido que:“la obligación

1 Solo una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se refiere al derecho de propiedad en el caso IVCHER BRONSTENIN, sentencia de 6 de febrero de 2001, se decidió que Perú violó el artículo 21 de la convención al expropiar a un ciudadano sin seguir las condiciones establecidas para la expropiación. Perú no indemnizó, ni adelantó un proceso judicial en el cual se respetara el debido proceso del demandante. La Corte Interamericana no se pronunció de fondo acerca del significado y los efectos de la cláusula, según la cual, la indemnización debe ser justa.

de indemnizar provienen implícitamente del artículo 1 del protocolo 1, tomado de su conjunto” y que existe un derecho intrínseco a recibir una indemnización por la privación de la propiedad<sup>2</sup>.

La comunidad internacional se ha pronunciado formalmente sobre la exigencia del pago de una indemnización en caso de privación de la propiedad sobre un bien.

La resolución 1803 de 1962 de la Asamblea General de las Naciones Unidas acerca de la soberanía permanente sobre los recursos naturales, considerada como una manifestación del consenso internacional acerca del tema, establece el derecho de todo Estado de adoptar medidas de desposesión y consagra el derecho del propietario desposeído a recibir una indemnización “apropiada”.

Por su parte, la indemnización apropiada establecida en la resolución 1803, según la doctrina ha de reunir tres elementos, ser adecuada, ser pronta y ser efectiva. El principio según el cual es exigible la indemnización en caso de expropiación ha sido reafirmado por la jurisprudencia internacional<sup>3</sup>.

Se observa entonces, que tanto de los tratados internacionales relativos a los derechos humanos como de las manifestaciones de la comunidad internacional, se deduce la exigencia del pago de una indemnización en caso de expropiación; esta indemnización ha sido calificada en términos generales como “justa”, “apropiada”, “adecuada” o “pronta”.

Respecto al momento en que se deba realizar el pago de la indemnización, el derecho internacional no brinda la claridad necesaria referente al momento en que se debe pagar la indemnización. De los tratados que establecen explícitamente la necesidad de una indemnización, el artículo 17 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, es el único que dispone que la indemnización deba ser previa. Los demás instrumentos no son explícitos al respecto. Por tanto, no existe claramente una obligación referente al pago previo de una indemnización. Sin embargo, si se habla en el Derecho Internacional de una indemnización oportuna o pronta, en este sentido la Constitución colombiana es más garantista.

A diferencia de la legislación colombiana, la legislación internacional manifiesta que el monto que debe ser cubierto por la indemnización debe ser justo pero no pleno, o sea no debe ser extendida hasta el daño emergente y lucro cesante, solo se limitará a cancelar el valor del derecho patrimonial objeto de expropiación.

Como se señaló anteriormente, hace parte del Derecho Internacional la necesidad de una indemnización “adecuada”. Los tratados transcritos se dirigen en la misma dirección: tanto la Convención Interamericana como la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, estable-

2 Sentencia Lithgow y otros, 22 de mayo de 1984 serie A No 98. James y otros del 21 de febrero de 1986 serie A, No 98. La única reserva en lo concerniente al artículo 1 mencionado es hecha por Portugal, ya que la constitución de este país en su artículo 82 establece una eventual expropiación sin indemnización de los poseedores de latifundio, los grandes propietarios, los jefes de empresa o accionarios.

3 Sentencia arbitral asunto Iamco o que es relevante recordar que el ejercicio del derecho de nacionalizar está sujeto al pago de una compensación. Por otro lado en el asunto BP vs Libiyan Arab Republic, octubre 10 de 1973 y agosto 1 de 1974, Grunnar Lagergen, árbitro único, se estableció que las nacionalizaciones efectuadas sin pago de indemnización se convierten en confiscaciones ilícitas desde el punto de vista del derecho internacional.

cen que la indemnización debe ser justa. Se observa que ninguno de los tratados citados asigna a la indemnización la condición de que sea plena.

Acerca del significado de estos términos, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos indica que debe existir cierta proporcionalidad entre “la injerencia en los derechos del individuo y los objetivos de interés público buscados”, al referirse a la enunciada necesidad de un equilibrio entre el interés general y el del propietario.

También ha establecido que “es exigible que la indemnización tenga una relación razonable con el valor del bien”. Para la Corte Europea no es violatorio de la convención el establecimiento de una indemnización que no sea integral<sup>4</sup>. Objetivos legítimos de utilidad pública, que persigan medidas de reformas económicas, o de justicia social, pueden militar por un reembolso inferior al valor pleno del mercado. Más bien apelando al concepto de indemnización justa, la Corte considera que para que haya una violación de la Convención debe existir una clara y grave desproporción ante la carga impuesta al individuo y la utilidad pública buscada por las autoridades nacionales (Sentencia *Håkansson contra Suecia* del 21 de febrero de 1990). Estas posiciones llevan a que el Tribunal Europeo haya pasado de la concepción de una indemnización plena, a una indemnización equitativa.

Sin embargo, puede suceder que dicha intervención con base en la función social de la propiedad, sea desproporcionada, dado que no se ve el deber jurídico de soportar dicho daño. Lo que no debe olvidarse del derecho a la propiedad, es que no es absoluto y que caben delimitaciones por las propias leyes; es más, la función social no es una limitación externa de un derecho previamente configurado, sino que forma parte de ese mismo derecho.

De tal modo, que lo que se justifica que no se indemnice en caso de estar ante la figura de la función social de la propiedad, es precisamente el deber de soportar la carga que recae sobre el titular del derecho.

Pero cuando se trata de una intervención desproporcionada si cabría indemnización, porque a la hora de examinar cada caso concreto es preciso comprobar si la delimitación del derecho a la propiedad es congruente con la función social que se persigue y si esta responde a una necesidad realmente sentida por la sociedad (García de Enterría, Fernández Rodríguez, 2011, p. 250).

En esta dirección también parece apuntar la doctrina recogida en varias resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, como la sentencia de 24 de septiembre de 1982, con base en el derecho de propiedad reconocido en el artículo 1 del protocolo numeral 1, del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Dentro de esta artículo se establece la expropiación ¿cómo la regulación del uso o delimitación del derecho en atención a un interés general, lo que equivale a la función social o al interés general del sistema judicial colombiano?

4 Sentencia *Lithgow y otros*, 22 de mayo de 1984 serie A No 98. *James y otros* del 21 de febrero de 1986 serie A, No 98. La única reserva en lo concerniente al artículo 1 mencionado es hecha por Portugal, ya que la constitución de este país en su artículo 82 establece una eventual expropiación sin indemnización de los poseedores de latifundio, los grandes propietarios, los jefes de empresa o accionarios.

Ante esta regulación, el Tribunal Europeo de Derechos humanos, en la sentencia Spornong y Innoth contra Suecia, sostiene la obligación de indemnizar cuando se está ante una carga especial y exorbitante, cuando se esté ante una medida desproporcionada, lo que hace plantearse la duda en torno a si se trata de una figura intermedia, un *tortum genus*, entre la expropiación y la delimitación por función social de la propiedad, o si se está ante la responsabilidad objetiva o delimitación del derecho de propiedad desproporcionada.

De esta manera, para los jueces internacionales, la indemnización justa y equitativa parece estar fundada como la indemnización adecuada sobre el valor del daño emergente calculado mediante métodos objetivos de evaluación. Según la Corte Permanente Internacional de Justicia de la Haya, la indemnización equitativa es aquella que corresponde al valor que tenía el bien al momento de la expropiación. Situación que no se presentaría cuando se esté en presencia de una delimitación de derechos en la cual se operaría una indemnización deferente de la que se basaría la expropiación.

Algunos doctrinantes interpretan la jurisprudencia internacional, en el sentido de que el valor integral de los bienes expropiados, es equivalente a su valor comercial, que puede determinarse mediante métodos objetivos, imparciales y neutros de evaluación del daño emergente, pero no de todos los beneficios esperados (Harris, 1998, p. 568-570).

De esta manera, el Derecho Internacional incluiría la plenitud del daño emergente pero excluiría del pago de indemnización algunos elementos asociados al lucro cesante y a los daños morales causados por la expropiación, los cuales sí se presentarían en la indemnización por la delimitación de derechos.

Así, no solo la expropiación forzosa debe dar lugar a una indemnización. También la delimitación de derechos a justada a la Constitución, por el simple hecho de que para que sea considerada constitucional deberá previamente, venir acompañada de una indemnización por la alteración de una configuración previa. La figura de la delimitación de derechos indemnizables (*ausgleichspflichtige inhaltsbestimmung*), surgida con motivo de una sentencia conocida popularmente (*pflichtexemplarentscheidung*), surgida con motivo de una sentencia del BVerfG del 14 de julio de 1981.

Es en este punto cuando se plantea la cuestión de su indemnizabilidad por parte de la colectividad, y cuando surge el problema de la distinción entre la delimitación de derechos y la expropiación forzosa: ¿Cuándo habrá que indemnizar a las víctimas y cuándo no?

La respuesta más frecuente a dicho interrogante se ha visto en la institución de la expropiación forzosa y su distinción respecto de la delimitación de derechos. Lo más habitual ha sido, en efecto, considerar que la delimitación de derechos no debe dar lugar a indemnización porque debe ser soportada por los particulares afectados, mientras que la expropiación concebida precisamente para conciliar las exigencias del interés general con la garantía patrimonial del derecho individual, a través del mecanismo indemnizatorio.

La cuestión clave, como resulta plausible entender, ha pasado a ser la búsqueda de los criterios de la expropiación forzosa, la búsqueda de los criterios que permitan separar los casos de delimitación de derechos no indemnizables de los de expropiación forzosa indemnizables.

Tanto la expropiación forzosa como la delimitación de derechos conducen a una distinción o diferenciación casi indetectable, en ambas figuras se presenta un continuum, donde acaba una empieza la otra, la diferencia entre ellas radicaría en que toda delimitación de derechos que rebese un determinado punto, se convertirá en expropiación forzosa. Esta teoría ampliatoria o extensiva del concepto de expropiación no resultaría viable, porque debe manejarse un concepto estricto de expropiación forzosa y no uno amplio que lo volvería gaseoso e inmanejable a nivel jurídico, por lo tanto, la concepción aplicada en Alemania por el Tribunal Supremo Alemán (*Bundesgerichtshof*)<sup>5</sup> dentro de la definición alemana se pueden apreciar características esenciales como la forma y la finalidad, y ya no la calidad o intensidad de la intervención administrativa, lo que permitiría una claridad conceptual que permitiría la definición y su adecuado estudio.

La expropiación forzosa y la delimitación de derechos, se puede distinguir claramente, en cuanto a que en el legislador recae el deber de delimitar los derechos de los ciudadanos con el fin de establecer unos alcances y características distintivas.

Esta delimitación siempre debe estar guiada por el concepto y características mismas del Derecho que lo permitiría distinguir de los demás en cuanto a su contenido esencial, la concepción y la apreciación de este al interior de la sociedad misma, siempre sin perder de vista los principios de confianza legítima, proporcionalidad e igualdad.

Siempre una norma delimitadora de un derecho, siendo constitucional o no, se puede presentar indemnización por esta nueva configuración de los límites de ese derecho, pero en ningún momento se transformará y adquirirá una nueva naturaleza para convertirse en una norma expropiatoria, sino que podrá ser declarada inconstitucional o no, pero desde ningún punto de vista expropiatoria; ya no se puede considerar que toda norma, constitucional o no, que rebese unos límites en cuanto a las cargas públicas será una expropiación considerando la versión extendida del concepto de expropiación, porque se estaría ante una delimitación de derechos de carácter indemnizatorio.

Todo lo anterior sería una excepción a la regla general, seguida en la legislación colombiana fundada en la concepción española, de la no indemnizabilidad de la delimitación de derechos, cuando una regulación legal determine unos límites y alcances de un derecho específico, el cual ya había sido delimitado previamente por parte del legislador en una ocasión distinta. Este cambio de límites va a producir unas cargas especiales injustificables e inexigibles desde la perspectiva de los principios de proporcionalidad, igualdad, confianza y seguridad jurídica, lo que puede ser corregido o solventado mediante una indemnización o compensación económica; en caso de que esta no venga acompañado por la indemnización, sería a todas luces inconstitucional.

## 1.2. Concepto y alcance de la delimitación de derechos

El problema fundamental de la delimitación de derechos, es la necesidad de adaptar las normas a la sociedad cambiante y a las nuevas necesidades de la comunidad, para así insertar vitalidad y dinamismo a la Ley, este planteamiento no afectaría inicialmente o no tendría repercusiones

5 "la privación total o parcial de posiciones jurídicas patrimoniales, mediante un acto jurídico de derecho público dirigido a producirla, realizada para la satisfacción de determinadas finalidades públicas".

importantes cuando se trataría de una regulación nueva sobre un derecho o aspecto antes no contemplado.

La delimitación de derechos debe caracterizarse por su carácter normativo. La misma expresión “delimitación de derechos”, trae consigo la conformación normativa u origen normativo, reguladora del contenido del derecho objeto de la misma; el derecho abstractamente considerado, tras la delimitación, tendrá un estatuto, un contenido distinto, un contenido que se mantendrá invariable mientras no se efectúe una nueva delimitación. La delimitación, en este nuevo sentido, innova el ordenamiento y lo altera y tiene por ello carácter normativo<sup>6</sup>. (García de Entera, Fernández Rodríguez, 2011, p.173-176; Entrena Cuesta, 1995, p.113).

Los inconvenientes se presentarían cuando esta actualización o modernización del derecho se presenta sobre una materia ya regulada, afectando las expectativas sobre los derechos ya preexistentes de los administrados ante la imposición de la nueva legislación, causando de esta manera un perjuicio.

Estos inconvenientes se han presentado a lo largo de la historia, contraponiendo la necesidad de progreso con la de seguridad jurídica, y la capacidad de la Administración de modificar las posiciones jurídicas de los administrados afectando los derechos adquiridos de estos (Ramón Mateo).

La principal diferencia tradicional entre la expropiación forzosa y la delimitación de derechos, es que en la primera debe operar una indemnización y en la segunda no se presentaría ésta, por ser una obligación que debe ser soportada por los particulares; pero dentro de la delimitación de derechos, también se vería una indemnización por la afectación de derechos no siempre de contenido patrimonial, como sería la alteración de las legítimas expectativas o la extinción de derechos adquiridos, como ocurriría en casos de modificación de los requisitos mínimos de jubilación, lo que implicaría la acusación de un perjuicio debido a la alteración de los derechos adquiridos y afectaría la seguridad jurídica y plantearía el problema de la irretroactividad de las leyes, una forma de salva guardar estos derechos no patrimoniales.

Se ha venido adoptando, por parte de las legislaciones, las figuras de regímenes de transición, con el fin de evitar estos perjuicios de derechos patrimoniales ocasionados por la normatividad, lo que sería la principal diferencia con la expropiación forzosa, pues su origen no sería de carácter normativo.

De este modo, solo se puede expropiar, privar a alguien de un derecho o facultad que el ordenamiento o las normas jurídicas ya le han reconocido previamente. En cambio, la delimitación de derechos es la que lleva a término esta función conformadora del reconocimiento. La expropiación solo opera sobre unos derechos previamente configurados y delimitados (Mir Puigpelat, 2012).

6 En este momento, como puede apreciarse, se presenta el concepto de norma jurídica dominante entre los administrativistas españoles, basado en el criterio de la innovación del ordenamiento jurídico, habitualmente empleado para distinguir los actos administrativos de los reglamentos.

En relación a la indemnización o no, por la delimitación de derechos, su procedencia dependerá de la ponderación de valores y preceptos constitucionales, en caso de que la ponderación resulte adecuada o justificada su delimitación y proporcionada al objetivo perseguido, también que respete la esencia del derecho limitado y otros principios como igualdad y protección de la confianza; en estos eventos no procedería la indemnización, pero es de destacar que la indemnización es solo una y no la única de las medidas que puede incluir una norma delimitadora de derechos como sería la utilización de regímenes de transición y la retroactividad o el uso de la irretroactividad de la Ley o emplear regulaciones especiales de entrada en vigencia de las normas (Maurer a.V., 2012).

Por lo tanto, resultaría acertado afirmar que ante ciertos eventos, es necesario la previsión de indemnizaciones por la nueva delimitación de derechos que restrinja en uso o goce de un determinado derecho, por ejemplo, de bienes culturales o de carácter histórico artístico o recursos naturales de gran relevancia medio ambiental, cuando difícilmente pueden considerarse medidas de fomento, pues en tales casos no se persigue orientar la actuación del propietario, ya que este solo podrá usar sus bienes en el sentido determinado por la Ley, porque se trata de una obligación legal y no de la posibilidad de que a través de dichos incentivos el particular encamine el disfrute del derecho en una u otra dirección.

En estos casos, por tanto, lo que se busca es compensar esa mayor restricción que otros bienes en su uso, aunque esta obligación sea exigida legalmente, situación que excluiría a la expropiación forzosa como a la responsabilidad patrimonial de la administración pública, pues ese carácter obligatorio de la medida, hace que surja el deber jurídico de soportarla.

### **1.2.1. Concepción jurisprudencial de la delimitación de derechos**

Al hablar de la delimitación de derechos, la primera aclaración que se debe realizar, es el punto de cuando nace el perjuicio, este nace desde el momento en que un derecho ya se encuentra adecuadamente delimitado, y una normatividad posterior entra a modificar los límites previamente establecidos por la Ley, desde este momento, a las personas afectadas con esta nueva concepción o límites del derecho, se les debe indemnizar. Para evitar estas indemnizaciones, el legislador ideó regímenes de transición que permitiría a estas personas conservar los beneficios de la limitación anterior del derecho. Es claro que la controversia no se produciría en un derecho sin delimitar o de uno nuevo.

La clave está en si existe el deber jurídico de soportar o no, que en el caso del cambio de ordenamiento jurídico siempre que este no sea inconstitucional, ilegal o arbitrario, es evidente, que los ciudadanos debemos soportar esas consecuencias como regla general, y entre otras razones, para evitar la petrificación el ordenamiento jurídico; esto no impide que ese cambio normativo con el fin de revitalizar la normatividad pueda causar perjuicios de carácter indemnizatorio, lo que se presentaría en cuanto a frustraciones de las expectativas fundadas en la confianza legítima en el ordenamiento entonces vigente.

De este modo se mantiene la regla general de no indemnizar los daños derivados de los cambios normativos, salvo cuando estos alteren o modifiquen de manera ostensible los límites de los derechos previamente adquiridos o cuando se vulnere la confianza legítima, por lo tanto, la indemnización en ese evento sería completamente compatible con los perjuicios causados con esta alteración tomando como base la confianza legítima.

La principal figura que representa el conflicto que implica una nueva delimitación de derechos es la confianza legítima, esta figura actúa como garante de los derechos ya adquiridos por las personas, las que debido a la existencia de esta concepción preexistente, crean una legítima expectativa basada en la confianza legítima creada por el legislador con la delimitación otorgada a los derechos.

La confianza legítima supone un enfrentamiento entre la seguridad jurídica y el principio de legalidad; se pueden encontrar los orígenes de la confianza legítima en el principio de la buena fe, la dificultad de la aplicación de la teoría de la confianza legítima se origina en el carácter de intocabilidad del principio de legalidad, así la aplicabilidad de la teoría dependerá de la concepción de legalidad y su carácter flexible o inamovible.

En el ordenamiento constitucional de Colombia es clara la consagración del principio de legalidad, entre otras normas, a partir de los artículos 2, 29, 121, 122 de la Constitución Política. Pero así como tiene desarrollo constitucional, se tiene que recordar igualmente que, de manera expresa, contrario a lo que sucede en otros ordenamientos, tales como el español, se ha consagrado el principio de la buena fe en nuestra Carta Magna (Arciniegas, 2004).

Con la mera consagración de estos dos principios a nivel constitucional, impone el deber de realizar un estudio que permita establecer una manera que permita la coexistencia de los dos principios dentro de un estado de derecho, para impedir una confusión jurídica.

La existencia de la confianza legítima implica la obtención de un derecho el cual no se encuentra aún efectivizado, generando una expectativa legítima de la concreción del mismo, situación que implica una necesidad de protección por parte del Estado, en razón a las actuaciones de buena fe de quien se encuentra en esta situación, así como a los signos externos por parte del Estado que le han permitido pensar que su situación y derechos adquiridos y legítimas expectativas, se encuentran amparadas por la ley.

En razón a una actuación y cumplimiento de requisitos que permitan inferir la existencia de una situación merecedora de protección, esto aunado a los signos externos lo suficientemente idóneos para generar la confianza respecto del estar amparada por una seguridad jurídica, así es que al Estado le nace la obligación de proteger y jamás desconocer una situación que el mismo creó, porque al desconocer estas situaciones sería lo mismo que desconocer sus propios actos.

El escenario en el cual más frecuentemente se presentan estas situaciones es en aspectos urbanísticos, temas como de la ausencia de planeación y control dentro del campo urbanístico, ha obligado a la aplicación de la teoría de la confianza legítima para proteger a individuos que han realizado asentamientos ilegales en zonas de riesgo o prohibida, otro ejemplo claro, sería la alteración de requisitos pensionales. Pero no se limita únicamente a los anteriores supuestos, sino que abarca los casos en los cuales el Estado no solo no ha hecho nada para evitar estas situaciones, sino que no ha procedido a requerir el cumplimiento de obligaciones tales como cobro de impuestos prediales, conexiones o cobro de servicios públicos.

El cambio sufrido por Colombia con la Constitución de 1991, en el cual se pasó de un Estado de Derecho a un Estado Social de Derecho, sumado a normas tales como la obligación del Estado de reparar patrimonialmente los daños jurídicos que se ocasionen por la acción u omisión de las autoridades, apoyan la aplicación de la teoría de la confianza legítima. Este cambio jurisprudencial implica el debilitamiento del principio de legalidad y su inamovilidad, cambio que implicó la sustitución del tradicional Estado de Derecho por el de Estado Social de Derechos, circunstancia que ha generado innumerables enfrentamientos entre la jurisprudencia de la Corte Constitucional de una parte y de la Corte suprema y el Consejo de Estado por otra.

Se encuentra de manera clara, el enfrentamiento entre la aplicación de la justicia material inclusive a costa de la legalidad, y el respeto a la legalidad de manera obsesiva, aún sacrificando en ocasiones la búsqueda de la justicia material en virtud de la aplicación rigurosa de la jerarquía normativa.

La aplicación de la teoría de la confianza legítima no es otra cosa que un reflejo de dicha lucha, ya que la posibilidad de ser aplicada obedece a un nuevo entendimiento de la legalidad objetivamente considerada de manera tal que debe estar comprendida en ella misma la justicia material.

La teoría de la confianza legítima como originadora de indemnización, opera siempre y cuando la delimitación de un derecho se modifica por medio de una Ley la cual abarca nuevas circunstancias modificando o alterando las expectativas de las personas beneficiarias de la anterior concepción. Los orígenes de esta teoría se encuentran en la figura alemana *vertrauensschutz* la que traduce literalmente “protección de confianza”.

El impacto ha sido tal en otros ordenamientos, que podemos encontrar aplicaciones de la misma figura, además de en el derecho alemán, en Italia, España, e inclusive en el sistema anglosajón, *legitimate expectations*.

Y como se muestra en lo anteriormente señalado, dentro de la jurisprudencia española, se pueden encontrar la sentencia del Tribunal Supremo del 5 de marzo de 1993 que dice expresamente en su fundamento jurídico 4:

El gobierno desarrolló una muy concreta acción de fomento para la constitución de empresas pesqueras conjuntas, con los fines analizados con anterioridad, reconociendo a cambio unos particulares beneficios, representativos de intereses patrimoniales legítimos, y si estos se interrumpen o disminuyen, cual ha sucedido, por la voluntad de los órganos competentes del Estado, en modo alguno cabe negar el subsiguiente derecho a la indemnización correspondiente, la cual además estaría avalada, tanto por los principios de la buena fe que debe inspirar la relación de la administración con los particulares y la seguridad jurídica, como por el equilibrio de prestaciones que debe existir entre una y otros en el desarrollo de relaciones, como las que contemplamos, preestablecidas y con la finalidad determinada, aunque, en otro orden de ideas, parece que también puede afirmarse la existencia, no de meras expectativas, sino de verdaderos derechos adquiridos para alcanzar los beneficios adquiridos.

En otra oportunidad el Tribunal Supremo español en sentencia del 16 de mayo de 2000, en cuyo fundamento jurídico 9 se dice que:

El primero de los puntos de vista propuestos - relacionados con la aplicación del principio de buena fe y confianza legítima - conduce a observar que cuando se promulgó la Ley a la que se imputa el perjuicio, la cual, en suma, vino a hacer imposible el desarrollo de la urbanización que se había proyectado en la zona declarada área natural de especial interés, los gastos realizados por las sociedades hoy recurridas en consideración directa a la actividad empresarial urbanizadora constituyen un perjuicio indemnizable, habida cuenta que se desarrollaron ante la confianza legítima suscitada por la aprobación de los correspondientes planes parciales, pues, el principio de vigencia indefinida de los planes de ordenación reiteradamente declarado por la jurisprudencia de esta sala (v. gr. Sentencia de 29 de septiembre de 1980), permite mantener la razonabilidad y legitimidad de dichos gastos y, por ende, justifica el que no exista por parte de los propietarios la carga de soportar las consecuencias de su inutilidad sobrevenida por la alteración mediante Ley de las previsiones urbanísticas que los justificaron.

A nivel jurisprudencial alemán se pueden encontrar las primeras apariciones de esta teoría en las sentencias del imperio prusiano desde 1892<sup>7</sup>, en los acules se empiezan a ver intentos para fomentar la implementación de esta teoría. Sin embargo, los fundamentos de esta emanan del principio de buena fe<sup>8</sup>.

El derecho alemán marca oficialmente el punto de partida de esta teoría, la sentencia del OVG de Berlín del 14 de noviembre de 1956. Los hechos relatan la situación de una anciana viuda que se traslada del land en el que habitaba al land de Berlín. En donde residía había recibido el reconocimiento de una pensión correspondiente a su marido, que en vida había sido funcionario público. Al llegar al land de Berlín, y luego de haberse garantizado que su pensión sería abonada allí por parte de las autoridades competentes, estas se percatan de que la resolución de reconocimiento era ilegal por un problema de competencia y emprenden su revisión. El tribunal niega la posibilidad de revisarla basado en la aplicación de la teoría de los actos propios.

En la jurisprudencia colombiana los derechos adquiridos derivados de la confianza legítima deben ser respetados, porque estos derechos se originaron en la convicción, por parte del ciudadano, del cumplimiento de unos requisitos para así lograr la efectivización del mismo derecho, como ocurre en materia pensional, tal y como lo explica la Corte Constitucional colombiana en las sentencias C-168 de 1995, C-789 de 2002 y C-177 de 2005, en las cuales señala que en materia laboral y pensional, debe respetarse en todo caso los derechos adquiridos.

A lo largo de esta línea jurisprudencial uniforme, la corte ha decidido que, en un principio, los cambios en la Ley laboral se aplican a las relaciones de trabajo vigentes, independientemente de si

7 OVG de Prusia, 19 de febrero de 1892. La administración pretende la destrucción de unas edificaciones que habían sido autorizadas por otra autoridad con error en competencia al equivocarse en la calificación jurídica de la operación urbanística propuesta.

8 OVG de Prusia, 26 de junio de 1930. El tribunal niega a la administración la posibilidad del cobro de una contribución a un ciudadano que había comprado un predio respecto del cual se le había indicado que no le aplicaba la contribución.

son favorables o desfavorables para los intereses del trabajador, siempre y cuando el trabajador no tenga ya un derecho adquirido a que se aplique la anterior normatividad, por cuanto ya había reunido los requisitos necesarios para poder acceder al derecho cuya reglamentación fue modificada; en la misma medida, la corte ha establecido que cuando un trabajador ya cumplió los requisitos necesarios para poder acceder a un derecho, las nuevas leyes laborales que modifiquen los requisitos para acceder a ese derecho no le pueden ser aplicados. En este caso, entonces, se prohíbe la retroactividad de la Ley laboral, por cuanto el trabajador tendría ya un derecho adquirido a acceder a ese derecho, de acuerdo con los requisitos del pasado.

Con el fin de brindar claridad conceptual, la Corte Constitucional colombiana ha realizado la diferencia entre los conceptos de derechos adquiridos y de expectativas legítimas en materia pensional, dentro de la sentencia C-789 de 2001, de la siguiente manera:

En reiteradas ocasiones esta corporación se ha pronunciado de manera general sobre el significado y el alcance de la protección constitucional a los derechos adquiridos y sobre las diferencias con la protección que reciben las expectativas legítimas. Así mismo, se ha referido a las diferencias entre estas dos instituciones jurídicas, en relación con la aplicación de los regímenes de pensiones a personas que antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, no cumplían los requisitos para acceder a la pensión de vejez. Recogiendo criterios doctrinarios y jurisprudenciales comúnmente aceptados sobre la materia, ha estimado que derechos adquiridos presuponen la consolidación de una serie de condiciones contempladas en la ley, que permiten al titular exigir el derecho en cualquier momento. Entre tanto, en las expectativas, tales presupuestos no se han consolidado conforme a la Ley, pero resulta probable que lleguen a consolidarse en el futuro, si no se produce un cambio relevante en el ordenamiento jurídico.

La protección de las legítimas expectativas de manera jurisprudencial quedó consignada también en la sentencia T-037 de 2013, al manifestar la Corte Constitucional colombiana que la Ley 100 de 1993 derogando los regímenes pensionales existentes para ese momento, e integrarlos en un sistema general. Como consecuencia, los requisitos de edad y tiempo de servicios, o semanas de cotización, para acceder al reconocimiento y pago de la pensión de vejez, sufrieron una modificación. Sin embargo, con el fin de proteger a quienes tenían expectativas legítimas de adquirir el derecho a la pensión por estar próximos a cumplir los requisitos para ello, el legislador estableció un régimen de transición, esta garantía, también hace efectivo el principio de favorabilidad en la interpretación y aplicación de la Ley laboral.

Dentro del estudio jurisprudencial llevado a cabo en anteriormente dentro de diferentes ordenamientos jurídicos y en especial dentro del colombiano, resulta evidente que la delimitación de derechos realizada por el legislador sobre derechos ya anteriormente delimitados implica la causación de un perjuicio indemnizable, porque la modificación de límites implica una alteración de la confianza legítima e impone un deber al legislador de salvaguardar los derechos adquiridos de las personas, como mecanismo utilizado dentro de la legislación y jurisprudencia colombiana para salvaguardar los derechos de las personas y evitar indemnizaciones, se encuentran los regímenes de transición, creados con el fin de que las personas continúen

con el régimen anterior mediante el cual establece unas condiciones favorables, se asegura el respeto de los derechos fundamentales de las personas, no choca contra el principio de irretroactividad de la ley y se constituye en una salva guarda contra los posibles excesos por parte del legislador.

### **1.3. Concepto y alcance de la responsabilidad patrimonial de la administración**

La responsabilidad patrimonial de la Administración, constituye la principal garantía ante el ejercicio del poder de la Administración y sus correspondientes consecuencias no intencionales.

Aquí no se aprecia un instrumento de la Administración para satisfacer el interés general, sino una salvaguarda de los administrados ante posibles abusos de la administración.

Los daños que la Administración causa, son una consecuencia indeseada de la actuación de la Administración, son una consecuencia no perseguida, la cual no se orienta al interés general, pero siempre excluyendo de esta responsabilidad la actuación dolosa del funcionario público o el agente de la Administración.

Si la expropiación, como se ha dicho anteriormente, siguiendo el BVerfG, es la privación total o parcial de derechos (o, en algunos casos intereses), patrimoniales, mediante un acto jurídico de Derecho público dirigido a producirla, realizada para la satisfacción de determinadas finalidades públicas; la responsabilidad patrimonial de la administración pública abarcará todos aquellos daños incidentales, accesorios a la actuación pública, no provocados voluntariamente por el poder público para la satisfacción de un interés general.

De esta manera, se puede entender que son dos características que definen y distinguen la expropiación forzosa y la responsabilidad patrimonial a saber:

- El poder público por medio de la expropiación provoca deliberadamente el daño particular, daño que es exigido y justificado, aunque a cambio de una indemnización por el interés general. El daño en la expropiación, aparece como un medio necesario para la consecución de un fin público.
- En cambio, la responsabilidad patrimonial de la administración pública, se articula como una garantía de los ciudadanos, ante exceso del poder público, pero en ningún momento serían una potestad. Los daños cubiertos por la responsabilidad administrativa no son deliberadamente causados por la Administración por exigencia del interés general, no aparecen como un medio necesario para la consecución de un fin público.

Una vez promulgada la Constitución de 1991, dentro de su artículo 90, se deduce una responsabilidad estatal totalmente objetiva, posición que se ve reflejada dentro de la sentencia del 31 de octubre de 1991, de la siguiente manera:

Es verdad que en la Ley de leyes no se define el concepto de “daños antijurídicos”, realidad que lleva a indagar el alcance actual del mismo. Y es la doctrina española la que lo precisa en todo su universo. Para Leguina, “una daño será antijurídico, cuando la víctima del mismo

no esté obligada por imperativo explícito del ordenamiento, a soportar la lesión de un interés patrimonial garantizado por la norma jurídica (De la Cuetara, 1983).

Dentro de la anterior cita, es clara cómo la responsabilidad patrimonial se torna objetiva, pues como lo enseña el mismo Leguina, “no se trata de ningún perjuicio causado antijurídicamente, sino de un perjuicio antijurídico en sí mismo”, por otra parte, “se desvincula de la licitud o ilicitud de la actuación de la que se deriva la lesión, como que se hace capaz de abarcar la totalidad de supuestos de responsabilidad posibles”.

La jurisprudencia ha aceptado ampliamente los supuestos que contempla la responsabilidad objetiva, insistiendo particularmente en la concepción de que la responsabilidad surge cuando un particular no está en el deber de soportar un detrimento patrimonial. Así que no se puede caer en la confusión de dar vía libre a una concepción de responsabilidad patrimonial global de carácter objetivo, basado en la antijuridicidad del daño, situación que abarcaría todos los supuestos de reparación, tanto lo normal como lo anormal. Para lograr desligar de responsabilidad por parte de la Administración en eventos de proceder normal, es necesario estructurar una responsabilidad patrimonial con base en la antijuridicidad de la conducta, más no del daño.

No se debe olvidar que precisamente el precursor de la institución de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, el profesor Eduardo García de Enterría, afirmó:

Nunca existió la idea de que la responsabilidad patrimonial de la Administración en nuestro derecho tuviese que ser una responsabilidad objetiva absoluta, capaz de incluir supuestos ilimitados de indemnización en cuanto hubiese intervenido un agente público, incluso como está ocurriendo en la jurisprudencia desde hace no mucho, sin ninguna intervención de la Administración o de sus agentes, sino del legislador mismo, el cual es el representante de la voluntad general<sup>9</sup>.

Lo anterior supondría siquiera la modificación o reforma de la institución de la responsabilidad patrimonial, dejando solo para casos particulares y concretos la aplicación de la responsabilidad objetiva y como regla general, aplicar la responsabilidad subjetiva con base en la culpa, partiendo de un supuesto de responsabilidad por funcionamiento anormal, impidiendo con esto continuar ampliando supuestos de indemnización objetiva.

Rasgos del anterior raciocinio, pueden ser encontrados en la sentencia del 30 de julio de 1992, expediente 6941, con ponencia del consejero Carlos Betancourt Jaramillo. Al interior de este fallo, el Consejo de Estado reitera que el artículo 90 constitucional, no indica la prevalencia de una responsabilidad del Estado directa y objetiva y que surge de una acción u omisión que es imputable a una autoridad y causa un daño antijurídico a una persona natural o jurídica y que la administración

9 En el prólogo a la obra de Mir Puigpelat. La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo sistema, Ed. Edisofer, 2012, pág 20. Reflexión de la que igualmente hace eco el profesor Rodríguez Arana J, en “Nuevas orientaciones doctrinales sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública”, en Nuevas líneas doctrinales y jurisprudenciales sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración, Consejo General del poder judicial, Madrid 2002, pág. 19, en sus reflexiones sobre la excesiva generalidad de la responsabilidad patrimonial de la Administración en la actualidad y la necesidad de proceder a su revisión.

no se exonerara demostrando que actuó con diligencia y cuidado, es decir sin culpa o negligencia y que todo se debió a una caso fortuito.

Posteriormente el Consejo de Estado realiza una aclaración en la cual se puede apreciar un cambio importante de la aparente prevalencia de la responsabilidad objetiva, que dice:

Se dice, en principio, porque pueden existir hipótesis que no permiten el manejo de la responsabilidad desde la perspectiva exclusiva de ese daño antijurídico. Piénsese por ejemplo en algunos casos de responsabilidad nacidos del incumplimiento de obligaciones de medio y en los cuales esa responsabilidad solo resultará comprometida cuando dentro de la infraestructura del servicio no se pusieron todos los instrumentos o elementos adecuados e idóneos para evitar la ocurrencia del perjuicio (1992).

Ya en otra providencia del 12 de julio de 1993, descarta la aplicación de la responsabilidad objetiva como regla general de responsabilidad, dando otra interpretación del artículo 90 de la CN de la siguiente manera:

La antijuridicidad del daño es siempre objetiva, no tenía el sujeto lesionado por qué sufrir el perjuicio), pero no sucede lo mismo con la antijuridicidad de la conducta, la que siempre mostrará una actividad por fuera del ordenamiento, esta es la razón para que se entienda por qué, en ciertos eventos, la administración resulta responsable pese a que actuó regularmente (1993).

Esta explicación posee una importancia relevante porque se ve a la responsabilidad patrimonial extracontractual, no como objetiva en su totalidad tal y como lo entendía el artículo 90 de la CN, sino que continúa presentándose por regla general de naturaleza subjetiva, pero de carácter implícito no expreso, lo que conlleva a inseguridad jurídica.

El descarte por completo de la teoría objetiva como regla general en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración, se presenta con la sentencia del 5 de agosto de 1994, en donde el Consejo de Estado reitera la vigencia de la falla del servicio como teoría general, la que contempla la culpa como fundamento de su imputación de una prestación anormal del servicio, así:

En casos como el presente, en los cuales se imputa responsabilidad a la Administración por el incumplimiento o el cumplimiento defectuoso de sus obligaciones, la determinación de si el daño causado al particular tiene el carácter de daño antijurídico, depende de acreditar que la conducta de la autoridad fue inadecuada. Si el daño surgirá entonces aquí de dicha conducta inadecuada, o lo que es lo mismo, de una falla del servicio.

La noción de la falla del servicio no desaparece, como lo ha señalado la Sala, de la responsabilidad estatal fundada en el citado artículo 90 de la Carta. Cuando de ella se derive la responsabilidad que se imputa a la Administración, se constituye en un elemento que debe ser acreditado por el demandante<sup>10</sup>.

10 C de E SCA, sección tercera, agosto 5 de 1994, Exp. 9273, actor: Rafael A Barrios Chaparro ACE, T CXLII, p. 1124 M.P. Juan de Dios Montes Hernández.

Se puede concluir que a pesar de que la intensión inicial del Consejo de Estado fue implementar el modelo de responsabilidad patrimonial de la Administración propuesto por el profesor García de Enterría, utilizando como base de interpretación el artículo 90 constitucional, el cual fue inspirado en el artículo 106.2 de la constitución española. Interpretando la figura de la antijuridicidad del daño y tratando de reemplazar el modelo francés de la *“faute de service”*, como fundamento general más no el único de la responsabilidad administrativa.

Pero como ocurre en España, la concepción de un sistema de responsabilidad objetivo conlleva graves complicaciones las cuales se verán posteriormente, es importante recordarlo, aunque la Constitución Nacional, a diferencia de la española, no hace mención de causales eximentes de responsabilidad.

Esta diferencia dogmática se pone de presente en la jurisprudencia del Consejo de Estado que advierte, frente a la obligación de medio no es posible hablar de responsabilidad objetiva, y ello permite concluir, a diferencia de las apreciaciones iniciales, que la Constitución colombiana no convirtió en objetiva toda responsabilidad, así, sin salirse de los parámetros de la objetividad del daño antijurídico, el Consejo de Estado retorna la concepción francesa de la *“faute de service”*, como regla general, el cual a mi modo de ver también posee unas faltas de concreción, como lo sería identificar que es la anormalidad y si esa anormalidad es general o sería especial para cada campo de la labor de acción de la Administración, lo cual se discernirá en apartes posteriores.

La Corte Constitucional entró a estudiar el tema de responsabilidad patrimonial de la Administración contenida en el artículo 90 constitucional, con ocasión de una demanda de inconstitucionalidad del artículo 50 de la ley 80 de 1993.

Sobre este aspecto, la Corte Constitucional coincide con el Consejo de Estado, al manifestar que los criterios lentamente construidos por la jurisprudencia en materia de responsabilidad de la Administración han recibido una interpretación sólida, del precepto constitucional del artículo 90 de la Carta Magna al manifestar “la consagración de un principio constitucional constitutivo de la cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado, tanto la de naturaleza contractual como extracontractual (Consejo de Estado, sentencia del 8 de mayo de 1995).

Lo anterior no significa que en Colombia exista un régimen prevalente de responsabilidad, dado que en la práctica jurisprudencial se puede ver la coexistencia de dos regímenes como el sustentado en la culpa con el objetivo. Así, que en determinados casos se exige la existencia de culpa como regla general, en otros esta se presume, mientras que en algunos eventos de ruptura de la igualdad ante las cargas públicas, conllevaría a una responsabilidad objetiva.

Estos regímenes quisieron ser consagrados por el constituyente bajo la noción de la antijuridicidad por daño, es aquel el que se subsume en cualquier régimen de responsabilidad administrativa colombiana.

Por este motivo, la Asamblea Nacional Constituyente de 1991, quiso plasmar al interior de la Constitución, la concepción de daño antijurídico tomando como base el artículo 106 de la Constitución

española, con la finalidad de garantizar el menoscabo de orden patrimonial o extramatrimonial que el afectado haya sufrido sea adecuadamente reparado; bajo esta apreciación puede existir daño antijurídico, sin que exista culpa de la autoridad o falla real o supuesta de la Administración según la concepción española, definido éste como el perjuicio que es provocado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo.

Esta concepción de daño antijurídico ha sido admitida por la jurisprudencia del Consejo de Estado, por lo cual se ve una doble faceta del daño antijurídico, en el cual se desplaza la antijuridicidad de la causa al daño mismo, por lo tanto, el Consejo de Estado concluye que el daño antijurídico puede ser por causa ilícita como lícita, esta doble causa contempla tanto la responsabilidad objetiva y subjetiva o por culpa.

Así, la Corte Constitucional contempla esta dualidad de régimen, tanto objetivo como por culpa coherente, con la finalidad consagrada en el artículo 1 constitucional, al salvaguardar los valores y principios propios de un Estado Social de Derecho, por ser la Administración protectora de los derechos y libertades de los particulares frente a la creciente actividad de la Administración propia de su desarrollo<sup>11</sup>. Rasgos que diferencian la responsabilidad patrimonial de la expropiación forzosa y de la delimitación de derechos.

## **2. El principio de solidaridad como fundamento de la indemnización por delimitación de derechos**

Para empezar a estructurar la base de la indemnización que se debería aplicar a las personas, a las cuales les fueron alterados los límites previamente establecidos en relación a los derechos fundamentales se debe abordar el significado de solidaridad, y así desde este punto estructurar y decantar la importancia de este concepto al interior del sistema jurídico colombiano.

El concepto de solidaridad se encuentra dentro de la Sentencia C-529/10 MP. Mauricio González Cuervo así:

La solidaridad, que según el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua significa “adhesión circunstancial a la causa o a la empresa de otros”, tiene aplicación en el campo jurídico dentro de la teoría de las obligaciones, en la cual asume las conocidas formas activa y pasiva, y también en materia de responsabilidad. Desde el punto de vista constitucional, tiene el sentido de un deber -impuesto a toda persona por el sólo hecho de su pertenencia al conglomerado social- consistente en la vinculación del propio esfuerzo y actividad en beneficio o apoyo de otros asociados o en interés colectivo. La vigencia de este principio elimina la concepción paternalista, que crea una dependencia absoluta de la persona y de la comunidad respecto del Estado y que ve en éste al único responsable de alcanzar los fines sociales. Mediante el concepto de la solidaridad, en cambio, se incorpora a los particulares al cumplimiento de una tarea colectiva con cuyas metas están comprometidos, sin perjuicio del papel atribuido a las autoridades y entidades públicas.

11 Corte Constitucional, Sentencia C-333 de 1996 Magistrado ponente Alejandro Martínez Caballero.

En esta definición se empieza a vislumbrar la importancia que juega este principio al interior de la teoría de las obligaciones, muchos son los planteamientos en relación a la naturaleza misma de los principios, porque para algunos tratadistas se puede considerar únicamente como parámetros generales que muestran objetivos que se pretenden alcanzar dentro de un sistema jurídico. En cambio, para otros, constituyen verdaderas normas jurídicas que están dotadas de fuerza normativa.

A pesar de esta diferencia en los dos puntos de vista, ambos confluyen en un punto en común, el cual es que a través de los principios, el derecho incorpora al sistema jurídico de un país, aspectos propios de la filosofía como lo sería la moralidad, la cual entraña finalidades, que son buenas para cualquier Estado Social de Derecho, lo que permite evidenciar el papel fundamental de la solidaridad entendido, como un deber por parte de la Administración Pública.

La unión de los principios generales del derecho, como lo es la solidaridad, con el deber de indemnizar en aras de la equidad social, tal y como lo señala Ronald Dworkin en su obra "los derechos en serio". Los principios son un estándar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica o política social que se considera deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad. Los principios que resultan convincentes para los miembros de una comunidad determinada, estarán causalmente determinados por los objetivos colectivos de dicha comunidad.

Con este planteamiento, Dworkin se aleja de las concepciones ius naturalistas y positivistas, y opta por una salida alternativa, intentando restaurar la relación entre el razonamiento moral y el razonamiento jurídico, poniendo en relieve la fusión de los principios morales y jurídicos.

Este planteamiento permite identificar la importancia del reconocimiento y la realización de los derechos y expectativas individuales, por encima de cualquier directiva política y objetivo social, pues ninguna de las anteriores concepciones puede triunfar ante el auténtico derecho individual y la delimitación original de estos derechos. Concediéndole de esta manera al juez, elementos objetivos que puedan superar el campo de libertad de actuar, imponiéndole un deber de actuar en aras de proteger estos derechos individuales ya delimitados.

Estos derechos individuales según la teoría Dworkiniana, no pueden ser usurpados ni desconocidos por la discreción judicial, ni objetivos sociales, ni mucho menos objetivos políticos. Lo que deja claro la utilización de estos principios, para afrontar posibles lagunas interpretativas y casos difíciles que afrontarían los jueces, restringiendo de esta manera el campo de acción de estos.

En relación a la aplicación de principios, en especial el de solidaridad, al Sistema de Seguridad Social en Pensiones, el cual es nuestro tema de interés, la sentencia C-529 de 2010 Magistrado ponente. Mauricio González Cuervo, ya citada anteriormente nos dice:

La seguridad social es esencialmente solidaridad social. No se concibe el Sistema de Seguridad Social sino como un servicio público solidario; y la manifestación más integral y completa del principio constitucional de solidaridad es la seguridad social. La seguridad social es, en la acertada definición del preámbulo de la Ley 100 de 1993, el conjunto de

instituciones, normas y procedimientos de que dispone la persona “y la comunidad”, para que, en cumplimiento de los planes y programas que el Estado y “la sociedad” desarrollen, se pueda proporcionar la “cobertura integral de las contingencias, especialmente las que menoscaban la salud y la capacidad económica”, con el fin de lograr el bienestar individual y “la integración de la comunidad”: La seguridad social como esfuerzo mancomunado y colectivo, como propósito común en el que la protección de las contingencias individuales se logra de mejor manera con el aporte y la participación de todos los miembros de la comunidad. En un sistema de seguridad social, aquellos siniestros que generan un riesgo que amenaza el mínimo vital (la falta de ingresos en la vejez o en la invalidez, el súbito desempleo, la ausencia imprevista de un generador de ingresos en el hogar, una enfermedad catastrófica no anticipada), y que no pueden ser cubiertos o atenuados a través de un simple esfuerzo individual o familiar, se atienden o cubren por la vía de la suma de muchos esfuerzos individuales, esto es, de un esfuerzo colectivo. Por supuesto que el principio solidario no es absoluto, y su aplicación debe matizarse con la de otros principios y valores, como el de sostenibilidad, el de eficiencia y el de garantía de los derechos fundamentales. De lo contrario, el Sistema de Seguridad Social sería inoperante e inviable. Pero no cabe duda que la seguridad social sólo existe como desarrollo del principio solidario, sólo es posible gracias a él, y está concebido para hacerlo realidad.

El derecho a la seguridad social descansa en los principios constitucionales de solidaridad y efectividad de los derechos fundamentales, por lo tanto, el primer principio irradia todo el ordenamiento jurídico y se manifiesta en numerosas instituciones y valores constitucionales. El principio de solidaridad, ha dicho esta Corporación múltiples veces, permite que el derecho a la seguridad social se realice, si es necesario, a través de la exigencia de prestaciones adicionales por parte de las entidades que han cumplido con todas sus obligaciones prestacionales, conforme a lo establecido en las leyes. El principio aludido también impone un compromiso sustancial del Estado en cualquiera de sus niveles (Nación, departamento, municipio), así como de los empleadores públicos y privados en la protección efectiva de los derechos fundamentales de los trabajadores y de sus familias.

La Corte ha reconocido reiteradamente que al legislador le asiste una gran libertad de configuración en la forma de concreción específica del principio solidario y en la determinación de los derechos y obligaciones del Estado, los administradores, los afiliados y los beneficiarios del Sistema de Seguridad Social para su realización. La Corte ha dicho al respecto que “...si la solidaridad constituye uno de los principios básicos de la seguridad social, pero el Legislador goza de una considerable libertad para optar por distintos desarrollos de este sistema, una consecuencia se sigue: la Ley puede, dentro de determinados límites, estructurar la forma cómo los distintos agentes deben cumplir con su deber de solidaridad en este campo” y con base en ese criterio, avaló la disposición que impone a los pensionados la obligación de asumir la totalidad de las cotizaciones en salud. Pero años después, también con base en la misma libertad de configuración del legislador para precisar los alcances del principio solidario, la Corte respaldó otra decisión legislativa que reducía el monto de la cotización al sistema de salud por parte de los pensionados.

De la jurisprudencia citada anteriormente se puede entender la primacía del principio de solidaridad como parte del fundamento del Estado Social de Derecho, pero este punto de vista de desarrollo colectivo y social no puede desconocer a las personas, las cuales ya poseen derechos adquiridos, y como fue señalado por Dworkin poseen derechos individuales que por ningún motivo pueden ser desconocidos arbitrariamente; con el fin de garantizar estos eventuales desconocimientos, la sentencia T-037 de 2013 Magistrado Ponente Jorge Iván Palacio, señala:

La Ley 100 de 1993 derogó los regímenes pensionales existentes para ese momento y los integró en un sistema general. Como consecuencia, los requisitos de edad y tiempo de servicios, o semanas de cotización para acceder al reconocimiento y pago de la pensión de vejez sufrieron una modificación. Sin embargo, con el fin de proteger a quienes tenían expectativa legítima de adquirir el derecho a la pensión por estar próximos a cumplir los requisitos para ello, el legislador estableció un régimen de transición. Esta garantía, también hace efectivo el principio de favorabilidad en la interpretación y aplicación de la ley laboral. La jurisprudencia constitucional consideró ajustado a la Constitución, el tratamiento jurídico dado en la norma acusada a toda persona que no se encontrara vinculada laboralmente o estuviera cesante al momento de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, que no podría beneficiarse del régimen de transición a pesar de cumplir con la edad o tiempo de servicio requerido; en consecuencia, esos afiliados deberían acreditar los requisitos exigidos en el artículo 33 de la citada Ley para acceder a su pensión de vejez.

Lo anterior asegurando el cumplimiento de las doctrinas de Dworkin y Robert Alexy, como este último señala “los principios son normas que ordenan que algo se realice en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas (...) Lo que debe ser, debe ser bueno para todos en igual medida (...)”. (Bernal Pulido, s.f.). De esta manera, el autor considera que los principios pueden ser cumplidos en diferentes grados, a diferencia de las reglas que pueden ser cumplidas o incumplidas, a diferencia de los principios, los cuales serían mandatos de optimización no definitivos.

Así, dentro de los Derechos fundamentales, según Alexy, se destaca que existe un amplio consenso acerca de que los Derechos fundamentales le otorgan al ciudadano una garantía de protección contra el proceder de la Administración Pública, no solamente contra ataques de otros particulares.

Esta garantía hace necesario que se implementen mecanismos y procedimientos adecuados en caso de cualquier modificación o alteración de los Derechos fundamentales de los ciudadanos, como se presentaría en caso de delimitación de derechos, y la adecuada indemnización por estos cambios de límites debido a que ellos alteran y cambian las perspectivas y atenta contra los derechos adquiridos de los ciudadanos, y no otorgarles ninguna indemnización por esta nueva delimitación, sería ir en contra de los principios fundamentales como la solidaridad y la confianza legítima, que orientan al Estado de Derecho.

### **3. La distinción entre meras expectativas, derechos adquiridos y confianza legítima**

Con el fin de lograr la claridad conceptual requerida, se inicia por el principio de confianza legítima, el cual va a ser el concepto general o la guía fundamental a seguir con el fin de no causar perjuicio alguno, por medio de la alteración de los límites o fronteras de un derecho determinado, para que no se vean afectadas las legítimas expectativas surgidas de un derecho adquirido por parte de los ciudadanos.

El principio de confianza legítima, va a ser la base para construir el supuesto indemnizatorio dentro de la delimitación de derechos tal y como se presenta en el derecho alemán<sup>12</sup>, en Alemania este principio ha sido la base para conceder indemnizaciones por esa modificación de las condiciones inicialmente contempladas por la Ley o cambios en las normas o, incluso en la política adoptada, como sucedió en cuanto a las inversiones a consecuencia de la política en materia arancelaria. Como se ha señalado en apartes anteriores, la clave está en si existe el deber jurídico de soportar o no, que en el caso de cambios en el ordenamiento jurídico, este debe de soportar estos cambios deja de existir cuando las alteraciones son de tal magnitud que rompen el principio de la igualdad de cargas.

Para que proceda esta indemnización, es necesario que previamente se realice la ponderación de principios como lo son el de buena fe, igualdad, seguridad jurídica, la propia confianza legítima y de las circunstancias económicas habituales y estables, generadoras de esperanzas fundadas (Tribunal Supremo sentencia 13 de febrero de 1997).

Así, se puede entender que el principio de la confianza legítima sería entendida como la proyección de la buena fe que debe gobernar la relación entre las autoridades y los particulares, originándose en la necesidad que tienen los administrados de ser defendidos ante los cambios y modificaciones, repentinos, improvisados, inesperados por parte de la Administración. (Corte Constitucional sentencia T-472 de 2009).

Una vez ya aclarado el concepto de la confianza legítima, lo procedente sería abordar ahora el concepto de derechos adquiridos, los cuales van a producir que surja y se desarrolle la confianza legítima; al interior de la jurisprudencia colombiana se puede encontrar una definición de derechos adquiridos como

Las situaciones individuales y subjetivas que se han creado y definido bajo el imperio de una Ley, que por lo mismo, han instituido en favor de sus titulares un derecho subjetivo que debe ser respetado frente a Leyes posteriores que no puede afectar lo legítimamente obtenido al amparo de la Ley, que permiten a su titular exigir el derecho en cualquier momento. (Corte Constitucional sentencia C-242 de 2009).

La única circunstancia que impediría esta indemnización, sería en la hipótesis de la nueva delimitación traiga consigo regímenes de transición o prevean en ella el pago de indemnizaciones con el fin de restaurar el equilibrio de cargas roto.

12 Respecto de la confianza legítima en general y en el sistema alemán, en particular véanse Grabitz E. "Vertrauensschutz als Freiheitsschutz", DVBl, 1973, pág. 675-684, Kisker, G, "Vertrauensschutz im verwaltungsrecht", DVBl, 1974, pág. 149-225.

En cambio, la indemnización por delimitación de derechos sería inaplicable cuando se trate de meras expectativas, debido a que éstas se encuentran en el mundo de las posibilidades o probabilidades, no son nada ciertas, ni ofrecen un sustento adecuado para que se presenten derechos adquiridos; estas meras expectativas, son las probabilidades de adquisición futura de un derecho que, por no haberse consolidado, pueden ser reguladas por el Legislador, con sujeción a parámetros de justicia y equidad. En estas meras expectativas puede surgir la posibilidad de consolidación a futuro (Corte Constitucional sentencia C-242 de 2009). Es esa relatividad la que hace imposible la estructuración de la indemnización con base en la delimitación de derechos.

## **Conclusiones**

Se puede concluir que los aspectos básicos de la delimitación de derechos cubren todas aquellas medidas procedentes del poder público destinadas a conformar el contenido de los derechos individuales.

La procedencia de estas delimitaciones dependería del estudio y la ponderación de principios constitucionales y legales, para que a partir de ellos se pueda establecer una indemnización, por el rompimiento de la igualdad de cargas, del que el administrado sería víctima.

En cambio, la expropiación forzosa abarca toda privación total o parcial de derechos e intereses patrimoniales de manera imperativa y querida por parte de la Administración, para obtener la satisfacción del interés general. Acá el perjuicio infringido al administrado constituye un medio para alcanzar un objetivo general.

Y la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, que cubre los daños infringidos de manera no querida por parte de la Administración a los ciudadanos, se convertiría en la última garantía que ampararía a los administrados en caso de ausencia de la delimitación de derechos y expropiación forzosa

Esta diferenciación de las anteriores figuras jurídicas, permitiría establecer primero en qué supuestos se encontraría un ciudadano en terreno de una u otra figura, para así tener la claridad de acción y de una eventual indemnización.

Igualmente, la diferenciación permitiría también lograr edificar una teoría indemnizatoria con base en la delimitación de derechos, pero siempre sin perder de vista la ponderación de principios y valores jurídicos. Esta teoría sería aplicable tanto a derechos e intereses de contenido patrimonial, como serían el derecho de propiedad o derechos adquiridos en materia pensional, garantizando al ciudadano una protección integral ante cualquier proceder arbitrario, imprevisto o evitable por parte de la Administración.

## Referencias bibliográficas

1. Achterberg, N. (1986.). *Allgemeines Verwaltungsrecht*. Berlin: Ed Müller.
2. Arciniegas, F.D. (2004). La protección de la Confianza legítima y su aplicación a la contratación estatal. *Revista de derecho público*, 5.
3. Arciniegas, L. P. (2004). La protección de la confianza legítima y a su aplicación estatal. *Universidad de los Andes Facultad de Derecho*, 25.
4. De la Cuetara, J. (1983). La actividad de la administración. Madrid: Tecnos.
5. Entrena Cuesta, R. (1995). *Curso de Derecho Administrativo (vol. 1)* Madrid: Tecnos. 336 p.
6. E., G. (1973). "Vertrauensschutz als Freiheitsschutz". *DVBl*, 15-55.
7. Falla, G. (1989). La constitucionalización de la responsabilidad patrimonial del estado. *Revista de Administración Pública*, 7.
8. Garrido Falla, F. (1976). El derecho a indemnización por limitaciones o vinculaciones impuestas a la propiedad privada. *Revista de Administración Pública*. 81. 7-33.
9. García de Enterría, E. (2011). *Curso de Derecho Administrativo 15a*. Madrid: Civitas.
10. Maurer, a. v. (2012). *La responsabilidad Patrimonial de la Administración Hacia un nuevo sistema*. En a. v. Maurer. Madrid: Edisofer 2012.
11. Mir Puigpelat, O. (2012). *La responsabilidad Patrimonial de la Administración Hacia un nuevo sistema*. Madrid: BDEF. 402 p.
12. Pantaleón Prieto, F. (1994). Los anteojos del civilista: hacia una revisión del régimen de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas. *Documentación Administrativa* 237-238 (Enero-junio) 239-253.
13. Ramón Mateo, M. (s.f.). El estatuto.
14. Rüfner, W. (2002). "Das Recht der öffentlich-rechtlichen Schadenser-satz-und Entschädigungsleistungen". *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 35-67.
15. W., R. (2002). "Das Recht der öffentlich-rechtlichen Schadenser-satz-und Entschädigungsleistungen". Berlin: Allgemeines Verwaltungsrecht.
16. Wahl, R. (2013). *Los últimos cincuenta años de derecho administrativo alemán*. Madrid: Marcial Pons.

## **Normas Jurídicas**

1. OVG de Prusia, 26 de junio de 1892.
2. OVG de Prusia, 26 de junio de 1930.
3. Caso Ivcher Bronstein (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 6 de febrero de 2001).
4. Häkansson contra Suecia (Tribunal Europeo de Derechos Humanos 21 de febrero de 1990).
5. 6941 (Consejo de Estado, sección tercera, 30 de julio de 1992).
6. 7622 (Consejo de Estado, 12 de julio de 1993).
7. C-006 (Corte Constitucional 1993).
8. 7622 (Consejo de Estado, sección tercera, 12 de julio de 1993).
9. C-153 de 1994 (Corte Constitucional 1994).
10. 8118 (Consejo de Estado, 8 de Mayo de 1995).
11. C-333 (Corte Constitucional 1996).
12. C-147 (Corte Constitucional 1997).
13. Tribunal Supremo Constitucional de España, 13 de febrero de 1997.
14. 1074 (Corte Constitucional 2002).
15. Sentencia Lithgow y otros (Corte Internacional de Justicia, 22 de mayo de 1984).
16. Sentencia C-153 de 1994 (Corte Constitucional).
17. Sentencia C-006 de 1993, (Corte Constitucional).
18. Sentencia C-153 de 1994). (Corte Constitucional).
19. Corte Constitucional Sentencia 1074 del 2002, MP Manuel José Cepeda Espinosa.
20. C-242 (Corte Constitucional, sentencia 2009).
21. T-472 (Corte Constitucional 2009).
22. C-529 (Corte Constitucional 2010).
23. T-037 (Corte Constitucional 2013)