



## **LA DISPONIBILIDAD DE PREDIOS EN LOS PROYECTOS DE INFRAESTRUCTURA EN COLOMBIA: UNA ALTERNATIVA**

**NICOLÁS ACOSTA MUÑOZ**

Artículo corto

DOI: <http://dx.doi.org/10.15425/redepub.34.2015.12>

Universidad de los Andes  
Facultad de Derecho  
Revista de Derecho Público N.º 34  
Enero - Junio de 2015. ISSN 1909-7778

## La disponibilidad de predios en los proyectos de infraestructura en Colombia: una alternativa

### Resumen

El presente trabajo analiza las causas y propone soluciones a una de las razones del atraso de Colombia en infraestructura: la disponibilidad de los predios. Se discuten causas sistémicas y específicas. En cuanto a lo sistémico se pone de presente la necesidad de exigir estudios en fase 3, cambiar el momento en el que se está haciendo la compra de los predios y tener una institución que coordine mejor la gestión del gobierno, entre otras cosas. En cuanto a lo específico se discute la necesidad de dejar claro que una resolución de expropiación cuya causa expropiandi se base en un proyecto de infraestructura debe ser considerada como de utilidad pública sin discusión, de acabar con la prejudicialidad a partir de entender lo dicho al respecto por la Corte Constitucional y de establecer un mecanismo más expedito y confiable de fijación del precio del predio.

**Palabras clave:** infraestructura, expropiación, disponibilidad de predios, causa expropiandi, utilidad pública, prejudicialidad, derechos de propiedad, salvaguarda del ordenamiento jurídico.

## Land availability and accessibility in Colombia in the case of infrastructure projects: an alternative

### Abstract

This paper analyzes the causes and proposes possible solutions for one of the principle reasons of Colombian backwardness in infrastructure: properties availability. The paper discusses “systemic” and “specific” causes. In relation to the systemic ones, it highlights the need of demanding proper feasibility studies, of changing the moment in which the properties are being acquired and of establishing a government institution that coordinates the entire process more effectively. In relation to the specific ones, it discusses the necessity of determining that a resolution of expropriation based on an infrastructure project should be considered a motive of public utility without discussion. In addition, it proposes to abolish the “pre-judicial process” on the basis of understanding what the Constitutional Court have said as well as establishing a faster and more reliable mechanism of setting the price of the property.

**Keywords:** infrastructure, expropriation, property availability, public utility, pre-judicial process, property rights, legal system safeguarding

## A disponibilidade de prédios nos projetos de infraestrutura na Colômbia: uma alternativa

### Resumo

O presente trabalho analisa as causas e propõe soluções a uma das razões do atraso da Colômbia em infraestrutura: a disponibilidade dos prédios. São discutidas causas sistêmicas e específicas. Quanto ao sistêmico é apresentada a necessidade de exigir estudos em fase 3, mudar o momento no qual se está fazendo a compra dos prédios e ter uma instituição que coordene melhor a gestão do governo, entre outras coisas. Quanto ao específico é discutida a necessidade de deixar claro que uma resolução de expropriação cuja causa expropriante se base em um projeto de infraestrutura deve ser considerada como de utilidade pública sem discussão, de acabar com a prejudicialidade a partir de entender o dito ao respeito pela Corte Constitucional e de estabelecer um mecanismo mais expedito e confiável de fixação do preço do prédio.

**Palavras-chave:** infraestrutura, expropriação, disponibilidade de prédios, causa expropriante, utilidade pública, prejudicialidade, direitos de propriedade, salvaguarda do ordenamento jurídico.

# La disponibilidad de predios en los proyectos de infraestructura en Colombia: una alternativa\*

Nicolás Acosta Muñoz\*\*

## SUMARIO

Introducción – I. ¿POR QUÉ NOS IMPORTA LA INFRAESTRUCTURA? – II. LA MAGNITUD DEL PROBLEMA – A. *Oferta de infraestructura* – 1. Carreteras – 2. Vías férreas – B. *Demanda de infraestructura* – III. EL PLAN B ES QUE FUNCIONE EL PLAN A – IV. EL PROBLEMA DE LA ADQUISICIÓN DE PREDIOS EN LOS PROYECTOS DE INFRAESTRUCTURA EN COLOMBIA – V. LAS CAUSAS DEL PROBLEMA – A. *Problemas sistémicos* – B. *Problemas específicos* – VI. LA SOLUCIÓN AL PROBLEMA DESCRITO – A. *Solución a problemas sistémicos* – B. *Solución a problemas específicos* – VII. CONCLUSIONES – Referencias.

---

\* Cómo citar este artículo: Acosta Muñoz, N. (Junio, 2015). La disponibilidad de predios en los proyectos de infraestructura en Colombia: una alternativa. *Revista de Derecho Público*, 34. Universidad de los Andes (Colombia).

\*\* Abogado y economista de la Universidad de los Andes. Correo electrónico: n.acosta56@uniandes.edu.co

Documento de investigación realizado para optar al título de abogado de la Universidad de los Andes, dirigido por Miguel Alejandro Malagón Pinzón, profesor de la misma universidad.

## Introducción

El presente trabajo tiene la intención de aportar, desde una perspectiva independiente y muy concreta, un ejemplo de cómo, a partir del análisis de una realidad económica, se puede estructurar un cambio jurídico que dinamice uno de los pilares del desarrollo futuro del país: la construcción de infraestructura. Una propuesta sobre cómo pueden las normas estar en función del desarrollo sin necesidad de atropellar a nadie, de cómo el derecho puede convertirse en una herramienta eficaz para generar cambios positivos en problemáticas de vieja data y de cómo la regulación puede pensarse no solo desde una perspectiva reflexiva y filosófica sino también desde un enfoque un poco más pragmático.

Así, el trabajo empieza por analizar las cifras relacionadas con el nivel de desarrollo de las carreteras, puertos, ferrocarriles y aeropuertos donde, como ya es bien conocido, existe un fuerte atraso. Se encuentra, por ejemplo, que Colombia, según el Consejo Privado de Competitividad (2010, p. 68), en el 2008 tenía apenas 205 Km de vías por millón de habitantes, mientras países como Ecuador, Perú y Bolivia en el 2006 tenían ya 478, 423 y 406 km, respectivamente, por no hablar de Corea del Sur (1661), México (1712) o Portugal (6771).

En desarrollo del análisis anterior se encontraron razones de todo tipo, especialmente económicas y jurídicas, que explican dicho atraso. Falta de voluntad política, corrupción, falta de gestión, un bajísimo nivel de inversión en el campo

que nos ocupa y, lo más interesante, problemas en la estructuración normativa de la contratación. Y se está notando ahora con especial hincapié, pues es evidente que por más que se tenga voluntad política de invertir más, la plata, si fuese toda pública, no alcanzaría.

En atención a dicha realidad, se ha incentivado la participación más activa de privados desde los años 50, y, muy especialmente, desde la promulgación de la Ley 80 de 1993 que, en el numeral 4 de su artículo 32, creó la figura de la concesión, la cual ha tomado mayor fuerza en la última década: la participación de privados en proyectos de infraestructura pasó del 6% del total del capital en el año 2000 al 42% en el 2010 (Yepes, Ramírez, Villar y Aguilar, 2013, p. 43).

Con la idea de darle aún más importancia y relevancia a la participación de privados, se expidió la Ley 1508 de 2012, comúnmente conocida como Ley de las Asociaciones Público Privadas (APP). Esta norma se entendió como un complemento y, si se quiere, una alternativa a las demás figuras de contratación consagradas en las leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, además de los varios decretos reglamentarios.

No obstante esta realidad, muchos actores importantes siguieron señalando vastos problemas prácticos en la estructura de contratación en el país. Así, la Comisión de Infraestructura nombrada por el presidente Juan Manuel Santos, no dudó en afirmar que temas como el procedimiento que se debe llevar a cabo con las consultas previas, la adquisición de predios y las licencias ambientales son problemas de marca

mayor que no pueden hacerse de otra forma por razones normativas.

Con todo esto como base, el objetivo del presente texto es ofrecer un análisis de uno de estos tres problemas mencionados: la adquisición de predios para los proyectos de infraestructura, encaminado no solo a describir la realidad y dimensión del problema sino, también, a proponer una alternativa.

Con este objetivo macro en mente, se realizará un breve comentario acerca de la importancia de contar con una buena dotación de infraestructura, para, acto seguido, continuar con una descripción detallada del atraso de Colombia en cuanto a la oferta de infraestructura contra su demanda.

Una vez dimensionada la magnitud del atraso existente, se hará un esfuerzo por definir el problema concreto e identificar sus causas. Hecho esto, se formulará una propuesta para dinamizar cada una de las causas hacia el futuro. Estas soluciones no solo pretenden ser conscientes de la existencia de límites legales y constitucionales sino, además, darle un aire de practicidad y sentido común a la propuesta.

## I. ¿POR QUÉ NOS IMPORTA LA INFRAESTRUCTURA?

El presente trabajo va a plantear la necesidad de hacer excepciones y de tener tratamientos especiales en el sistema de contratación pública, tratándose de proyectos de infraestructura.

Y lo va a hacer dentro del entendido de que ya hoy existen estructuras en el sistema de contratación estatal que permiten relaciones diferentes a las que se pueden encontrar en cualquier otro tipo de relación contractual (las facultades exorbitantes en cabeza de la entidad contratante, por ejemplo). Existen, básicamente, en desarrollo de la idea de que se habla de proyectos con un alto impacto de utilidad pública y, por ende, merecen un especial tratamiento.

En una sola cifra, y de acuerdo con un estudio de Fedesarrollo, un incremento de tan solo un 1% en el total de carreteras pavimentadas llevaría a un aumento de 0.4% del PIB, mientras una reducción de 1% en los costos de logística, de acuerdo con la Cámara Colombiana de Infraestructura, llevaría a un aumento en las exportaciones de un 0.5% (Consejo Privado de Competitividad, 2010, p. 68).

Además, estar atrasados como país en esta materia reviste una gravedad infinita. No solamente porque se está incurriendo en un costo de oportunidad demasiado grande al no tener una buena infraestructura, sino, además, porque se pierde una posibilidad de competir con los demás países que, *a contrario sensu*, sí están desarrollando su infraestructura como es debido.

## II. LA MAGNITUD DEL PROBLEMA

Teniendo claro que el desarrollo de infraestructura es fundamental para el futuro del país, resulta útil ahora revisar de qué magnitud es el atraso no solamente desde un punto de vista interno

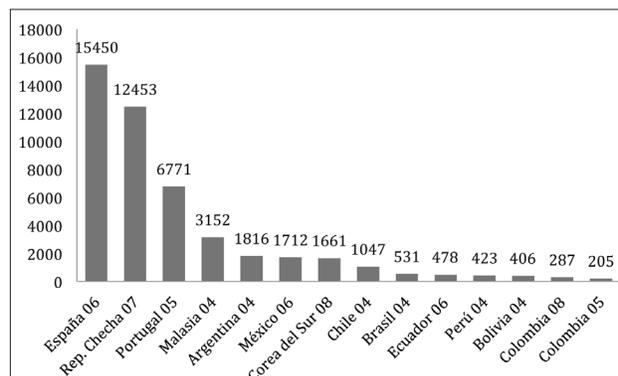
sino, también, en contraste con otros países de comparable nivel de desarrollo. Para hacerlo, se realizará un análisis tanto del lado de la oferta como de la demanda por infraestructura. En términos sencillos se mostrará la diferencia que existe entre lo que las personas están necesitando y lo que el Estado está ofreciendo.

## A. Oferta de infraestructura

### 1. Carreteras

Tratándose de dotaciones de infraestructura en Colombia, las carreteras juegan un importante papel: el 73 % de la carga y el 92 % de los pasajeros se mueven por carretera en el país (Yepes *et al.*, 2013, p. 39). Esto prende alarmas no solamente en el sentido de la necesidad de tener una excelente dotación de carreteras sino, también, de buscar alternativas para mover la carga y las personas de un lugar a otro. Muy a pesar de la realidad que muestran estas cifras, Colombia tiene un atraso muy grande tanto en la cantidad como en la calidad de sus carreteras. La gráfica 1 muestra esta realidad más claramente.

**Gráfica 1. Red vial arterial pavimentada (Km por millón de habitantes)**



Fuente: elaboración del autor a partir de los datos del Consejo Privado de Competitividad, (2010, p. 68).

Como se puede apreciar, mientras Colombia en el 2008 tenía apenas 287 kilómetros de carreteras por cada millón de habitantes, en el 2006 Ecuador ya tenía 478 y en el 2004 Perú ya contaba con 423 y Bolivia con 406, lo que resulta sorprendente si se tiene en cuenta que en el 2012 el PIB per cápita de Colombia era de 7752 dólares, frente a 6573 de Perú, 2578 de Bolivia y 5456 de Ecuador. Lo que sorprende es que siendo Perú, Bolivia y Ecuador países menos desarrollados que Colombia —si se acepta la medición del PIB per cápita como indicador del desarrollo—, tengan más del doble de dotación de infraestructura de carreteras.

Haciendo la misma comparación (PIB per cápita) con países más desarrollados como México (9741 dólares), Argentina (11557 dólares) o Chile (15363 dólares) la diferencia con Colombia es aún mayor. México, en el 2006, ya tenía 1712 kilómetros de carreteras por cada millón de habitantes, y en el 2004 Argentina y Chile ya contaban, respectivamente, con 1814 y 1047 ki-

lómetros de carreteras pavimentadas por cada millón de habitantes.

Tomando estas cifras y consolidándolas en un ejercicio de comparación con toda América Latina, algunos países de ingresos medios-altos y Asia del Este y el Pacífico, tenemos el siguiente panorama:

**Tabla 1. Colombia vs. otros países de similar nivel de desarrollo**

	Vías no pav.	Vías pav.	Total	Vías férreas	Puertos
	km/100 Km <sup>2</sup> de área	TEU X 100 habitantes			
Colombia	10.5	1.17	11.67	0.11	5.28
América Latina	11.55	2.49	17.58	0.54	5.28
Ingresos medianos Altos	6.75	8.38	18.83	0.91	8.45
Asia del Este y el Pacífico	16.88	50.33	35.24	0.69	23.77

Fuente: elaboración del autor a partir de datos registrados en Yepes *et al.* (2013, p. 30).

Como se puede notar, Colombia tiene un atraso considerable con respecto al promedio de América Latina, al de los países de ingresos medios-altos, y ni qué decir lo que ocurre cuando se compara con los países de Asia del Este

**Tabla 2. Brecha (rezago) de Colombia con respecto a países de similar nivel de desarrollo**

Con respecto a	Vías no pav.	Vías pav.	Total	Vías férreas	Puertos
	Km	Km	Km	Km	TEU
América Latina	11.633	14.611	65.602	4.725	0
Ingresos medianos- altos	0	80.003	79.470	89.221	1.486.749
Asia del Este y el Pacífico	70.759	545.410	261.536	6.398	8.679.194

Fuente: elaboración del autor a partir de datos registrados en Yepes *et al.* (2013, p. 30).

y el Pacífico. Mientras Colombia entre vías pavimentadas y no pavimentadas cuenta con un total de 11.67 kilómetros por cada km<sup>2</sup> de área, América Latina registra un promedio de 17.58, los países de ingresos medios-altos 18.83 y los países de Asia del Este y el Pacífico de 35.24.

En suma, Colombia tiene un rezago del 30% con respecto a los demás países de América Latina y de casi el 300% con respecto a los países

de Asia del Este y el Pacífico. Puntualizando un poco este rezago, veamos la brecha en número de kilómetros:

Colombia tiene 65 602 kilómetros menos de vías que el promedio de América Latina (ver Total), mientras que si se compara con los países de ingresos medianos-altos registra un faltante de 79 470 kilómetros de vías y, con respecto a los países de Asia del Este y el Pacífico este rezago asciende a 261 536 kilómetros.

¿Qué tantos kilómetros tendríamos que construir? Bien, en este momento Colombia cuenta con cerca de 220 000 kilómetros de vías (Yepes et al., 2013, p. 27). Esto significa que para estar a la altura de la densidad mediana con que cuenta América Latina necesitaríamos construir 65 000 kilómetros.

Llevando esta realidad a lo que significa en términos de costos y consecuencias concretas, resulta útil revisar la tabla 3 a propósito del costo promedio de transportar un contenedor, por tierra, en diferentes países.

**Tabla 3. Costo promedio de transporte de un contenedor en dólares americanos (2008)**

País	Costo (U.S.)
Colombia	1808
Venezuela	1200
Brasil	1020
Bolivia	950
México	925
Honduras	805
Ecuador	550
China	400
Argentina	380
Jamaica	350
Panamá	350
Rep. Dominicana	300
Perú	280

Fuente: elaboración del autor a partir de datos registrados en Yepes et al. (2013, p. 45).

Como se observa en la tabla 3, Colombia tiene un costo de más del doble por contenedor con respecto a Honduras, de más del triple con respecto a Ecuador y de casi el cuádruple con respecto a Perú.

En cuanto a la calidad de las vías, y de acuerdo con los índices presentados por el Foro Económico Mundial en el *Informe global de competitividad 2012-2013*, Colombia ocupa el puesto 126 entre 144 países, y está por debajo de Uganda, Lesoto, República Dominicana y Nicaragua. Esto significa que en materia de calidad Colombia también se raja.

Y no es para menos, pues el porcentaje de las vías en buen estado a cargo del Instituto Nacional de Vías (INVIAS) pasó del 71% en 2003 al 48% en 2010; aquellas en regular estado subieron del 21% al 32%, mientras aquellas que se consideran en mal estado pasaron del 8% al 20% (Yepes et al., 2013, p. 53). El esfuerzo, entonces, tiene que ser doble.

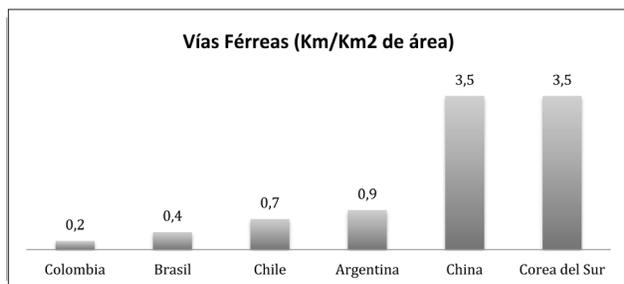
## 2. Red férrea

Si bien las carreteras son el medio de transporte más importante en Colombia, vale la pena hacer un recuento muy rápido de lo que ocurre con la red férrea.

Como se puede detallar en la gráfica 2, Colombia presenta un rezago de cerca de 4725 kilómetros de vías férreas con respecto a América Latina, de 89 221 con respecto a los países de ingresos medios-altos y de 6398 con respecto a los países de Asia del Este y el Pacífico. Este es

importante y se debe, principalmente, a que ningún gobierno se ha interesado por desarrollar este medio de transporte. Comparado con otros países, el panorama se ve así:

**Gráfica 2. Vías férreas**



Fuente: elaboración del autor a partir de datos registrados en Yepes et al. (2013, p. 32).

Según se aprecia en la gráfica 2, otros países de la región tienen dos, tres y hasta cuatro veces más kilómetros de vías férreas que Colombia. Como se puede ver en la tabla 4, las vías férreas que hoy existen en el país están destinadas de forma casi exclusiva al transporte de carbón de las grandes minas de multinacionales extranjeras y, por ende, son construidas, financiadas y mantenidas por estas.

**Tabla 4. Red férrea en funcionamiento**

Vía férrea	KM	Miles de toneladas (2010)	Producto
Cerrejón	150	31 400	Carbón
Concesión del Atlántico	193	36 000	Carbón
Concesión del Pacífico	498	259	Varios
Bogotá - La Caro - Zipaquirá			Pasajeros

Fuente: Ministerio de Minas (2011).

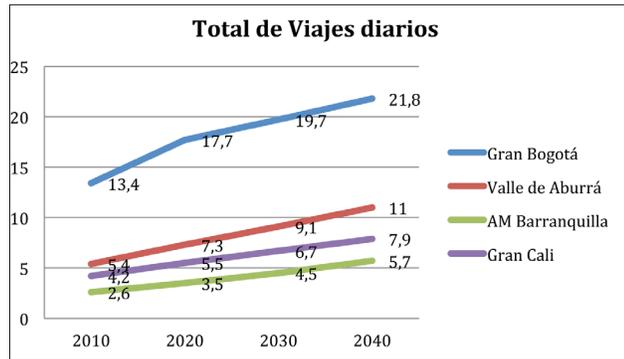
## B. Demanda de infraestructura

Habiendo visto la dotación de infraestructura existente hoy en Colombia, bien vale la pena ahora hacer un recuento de la demanda actual y futura en este aspecto.

Se espera, por ejemplo, que mientras en el 2010 en el país había cerca de 3 millones de carros y 2.3 millones de motos, en el 2040 haya 10.4 millones de carros y cerca de 13 millones de motos. Solo en Bogotá, por poner un ejemplo, en 2010 había aproximadamente 683 000 carros y 90 000 motos y se espera que para el 2040 haya poco más de 3 millones y medio de carros y un poco más 450 000 motos (Echeverry et al., 2012, p. 37). Se espera, de igual forma, que la tasa de motorización crezca de una forma precipitada desde valores de menos de 7 carros y 5 motos por cada 100 habitantes en 2008, a casi 17 carros y 21 motos en 2040 (Echeverry et al., 2012, p. 60).

El número de viajes diarios esperados para las regiones más importantes, por su parte, van a aumentar de forma considerable como se puede constatar en la gráfica 3.

**Gráfica 3. Total de viajes esperados para algunas ciudades-región<sup>1</sup>**



Fuente: elaboración del autor a partir de datos registrados en Echeverry *et al.* (2012, p. 58).

Caso similar ocurrirá, de acuerdo con los mismos autores, con el transporte de carga por las carreteras del país, teniendo en cuenta que se estima que el comercio en general se multiplique por tres.

### III. EL PLAN B ES QUE FUNCIONE EL PLAN A

Con todas estas cifras en mente, solo queda una estrategia y paso a seguir: ponerse al día con las necesidades en materia de dotación de infraestructura.

Sea como sea, con más carreteras de doble calzada como lo sugieren Echeverry *et al.* (2012), o transportando parte de la carga que va por carretera vía ferrocarril y fluvial como lo sugiere Fedesarrollo, lo cierto es que la única opción a futuro es lograr ponerse al día. La oferta de

infraestructura es, simplemente, demasiado baja, mientras la demanda es ya grande en la actualidad y creciente hacia el futuro. Dicho en términos sencillos: no hay plan B. El plan B es que funcione el plan A.

Solo para suplir la demanda que se acaba de mostrar se necesitan construir cerca de 8000 nuevos kilómetros de carreteras de doble calzada (Echeverry *et al.*, 2012, p. 220), y unos 65 000 km si se quiere estar a la altura del promedio de América Latina.

De acuerdo con los autores mencionados, para construir esos 8000 kilómetros de dobles calzadas se necesitarían cerca de 25 billones de pesos, y si a estos se le suman los costos de rehabilitación de las calzadas existentes, el mantenimiento de las que se construyan y la construcción de vías terciarias y secundarias, las necesidades de recursos ascenderían a más de 125 billones de pesos de aquí al 2040. Con esta inversión, empero, no se llegaría ni a un 15 % de lo que se tendría que construir si el objetivo final fuera igualar el promedio de América Latina.

Esto, en términos prácticos, significa que se necesitaría invertir anualmente el 5 % del PIB en infraestructura. Hoy se invierte cerca del 1 %, es decir, el doble del promedio de los últimos años, que era del 0.5 %. Significa que se está invirtiendo cerca de 6 billones de pesos anuales en infraestructura, cuando las necesidades indican que se deberían estar invirtiendo cerca de 30 billones (5 % del PIB).

<sup>1</sup> Término acuñado por Echeverry *et al.* (2012) para referirse a las principales ciudades de Colombia y sus alrededores. Si se quiere profundizar en los municipios incluidos consultar su trabajo en la página 55 y siguientes.

De lo anterior se desprende una pregunta lógica: ¿de dónde va a salir tanta plata? La respuesta es clara: no existe ninguna forma de que el gobierno nacional pueda sacar tanto dinero, ni siquiera aumentando los impuestos y la deuda. Por eso, la inversión privada va a tener un rol fundamental dentro de todo el andamiaje expuesto.

Y para lograr atraer tanto dinero del sector privado y asegurarse de que se invierta de manera efectiva y eficiente se debe contar con un sistema de contratación moderno, efectivo, justo y garantista que incentive a los mejores en la construcción de carreteras.

El sistema tiene que reestructurarse para poder funcionar mejor, y para hacerlo bien vale la pena analizar problema por problema con lupa y proponer soluciones innovadoras y lógicas. De ahora en adelante, entonces, el objetivo del presente trabajo será analizar uno de los varios problemas que atrasan las obras en Colombia: el de la adquisición de predios.

#### **IV. EL PROBLEMA DE ADQUISICIÓN DE PREDIOS EN LOS PROYECTOS DE INFRAESTRUCTURA EN COLOMBIA**

En Colombia, la adquisición de predios para los proyectos de infraestructura se ha venido convirtiendo en un grave problema para el desarrollo y, muy especialmente, para el cumplimiento de los tiempos que se establecen en los cronogramas de obra. En términos muy generales y sencillos el problema radica en que el proceso

resulta demasiado complicado y demorado por una variedad de razones, todas relacionadas con el hecho de que los predios se están adquiriendo de un tercero que, en la mayoría de los casos, es propietario de estos de buena fe y que, no sin razón, alega los derechos constitucionales que protegen la propiedad y ante la inminencia de una expropiación, exige un precio justo que tenga en cuenta no solo el valor intrínseco del predio, sino el que por ser indispensable para que el proyecto se pueda realizar su valor debe ser mayor de lo que inicialmente se pensó.

Hasta aquí, entonces, todo es claro y entendible. Sin embargo, el reconocimiento de esos derechos y el procedimiento que se ha establecido para asegurar su garantía están trancando la construcción física de los proyectos de infraestructura hasta en quince años. Y, claro, si se contrasta el tiempo que está tomando poder adquirir los predios con las cifras que se acaban de presentar, la disyuntiva por resolver es muy complicada.

La discusión y el análisis que se va a realizar a continuación se enmarca, entonces, en esta constante búsqueda de un punto medio entre la necesidad de eficiencia y celeridad y la obligación a cargo del Estado de respetar los derechos de posibles afectados en un proceso como el de expropiación.

## V. LAS CAUSAS DEL PROBLEMA DESCRITO

La descripción del problema en mención se dividirá en dos etapas: una primera relacionada con las dificultades que se derivan del funcionamiento general del sistema de contratación (problemas sistémicos) y una segunda referente a los inconvenientes del procedimiento específico de disposición de los predios en este tipo de casos (problemas específicos).

### A. Problemas sistémicos

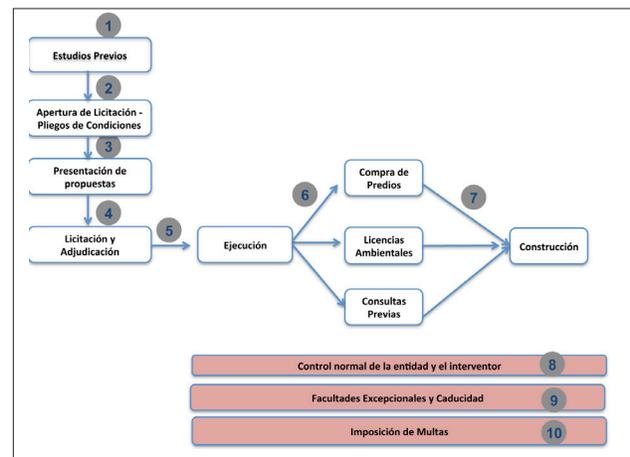
Se identificaron cuatro problemas generales que entorpecen la adquisición de predios en Colombia: el primero tiene que ver con el *momento*, dentro del proceso de planeación, adjudicación y ejecución de un proyecto de infraestructura, en que se están iniciando los trámites para adquirirlos; el segundo, con la *calidad de los estudios previos* con base en los cuales se están adjudicando las licitaciones; el tercero con la *falta de estructuración financiera* de los proyectos; y el cuarto, con la *falta de coordinación* y centralización de los trámites que se tienen que llevar a cabo al interior de las entidades gubernamentales comprometidas con la realización de los proyectos.

Esta parte del trabajo se limita a analizar el caso en cuestión a partir de la licitación pública, que es, por demás, la modalidad de selección más común en la contratación de grandes proyectos de infraestructura, sin negar con esto la existencia de los demás mecanismos de selección de

contratistas del Estado consagrados en el artículo 2 de la Ley 1150 de 2007.

Antes de abordar y profundizar en cada uno de estos aspectos, bien vale la pena detallar el diagrama 1 para entender cómo funciona actualmente el proceso de licitación y ejecución de un proyecto de infraestructura de acuerdo con lo que ordenan las leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007.

**Diagrama 1. Cadena de licitación Ley 80 de 1993 y Ley 1150 de 2007**



Fuente: elaboración del autor a partir de las leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, así como sus decretos reglamentarios.

Siguiendo el diagrama, tenemos que el proceso inicia con los estudios previos a cargo de la entidad contratante, que puede ser cualquiera de las que se detallan en el artículo 4 de la Ley 80 de 1993. Una vez superada esta etapa, la entidad abre una licitación, acto administrativo mediante el cual comunica públicamente la voluntad de realizar el proyecto e invita a los interesados a presentar propuestas con base en el estudio previo que hizo y los requisitos que determina en el pliego de condiciones.

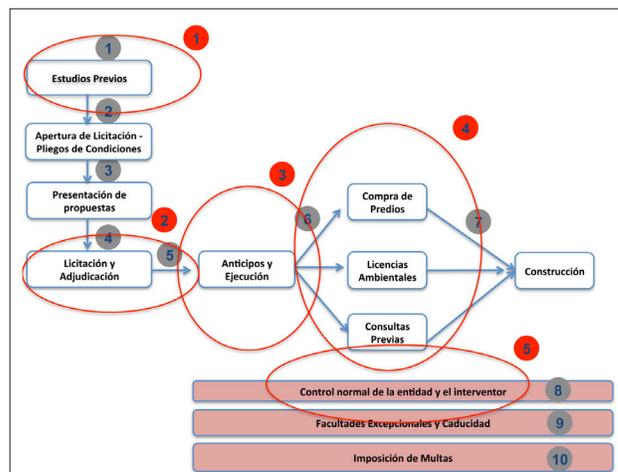
En observancia de dichas especificaciones, los interesados presentan sus propuestas advirtiendo en qué calidad van a participar (de acuerdo con las posibilidades del art. 6 y ss. de la Ley 80 de 1993) y especificando con suficiente claridad todos los requerimientos del pliego de condiciones.

Con todas las propuestas en mano, la entidad surte el proceso de selección tomando como referencia los criterios de selección objetiva de los que habla el artículo 50 de la Ley 1150 de 2007 y el 88 de la Ley 1474 de 2011. Ya escogido el contratista, le entrega el anticipo pactado para que las obras puedan empezar. De manera paralela y solo hasta entonces, empiezan los procesos de adquisición de predios, consultas previas y trámite de licencias ambientales que, una vez conseguidos, terminan de dar luz verde a los proyectos.

La entidad contratante goza de una serie de prerrogativas especiales, propias de los contratos estatales, como son las facultades excepcionales de las que habla el artículo 14 y ss. de la Ley 80 de 1993, así como la posibilidad de declarar la caducidad del contrato en caso de incumplimiento de las obligaciones por parte del contratista (art. 18) y la de imponerle multas para convenirlo a cumplir.

El proceso, conceptualmente, parecería relativamente lógico; sin embargo, esta forma de organizar y, en especial, de ordenar los pasos parece haber generado la serie de problemas y trabas (Comisión de Infraestructura, 2012, p. 7) que se detallan en rojo en el diagrama 2.

**Diagrama 2. Origen de los problemas con el sistema de contratación de la Ley 80 de 1993 y 1150 de 2007**



Fuente: elaboración del autor a partir de las leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, así como sus decretos reglamentarios.

El círculo rojo número 1 identifica el problema relacionado con la calidad de los estudios previos que se toman como base para adjudicar la licitación, los cuales en concepto de la Comisión de Infraestructura (2012, p. 11) presentan una profundidad muy precaria, lejos de las exigencias de estudios en fase 3 con que deberían contar. Esto, por supuesto, tiene una fuerte incidencia en la disponibilidad de los predios, por cuanto en la medida en que el trazado no esté bien especificado ni bien analizado es imposible saber con claridad cuáles son los predios que se van a necesitar, y lo que es aún peor, que se identifiquen y adquieran mal, lo que desencadena tremendos sobrecostos y dificultades.

El círculo rojo número 2 corresponde a la forma como se está haciendo la elección de los contratistas, es decir, sin estar seguros de su solvencia económica y su capacidad de respuesta a las necesidades dinerarias de los proyectos.

El círculo rojo número 3 es una continuación del problema anterior y tiene que ver con el hecho de que se entregan anticipos hasta por el 20% del valor total del contrato, práctica que ha terminado siendo supremamente perjudicial para el futuro del proyecto, pues algunos contratistas han optado por llevarse el anticipo y dejar la obra paralizada o, peor aún, usar el anticipo de un proyecto para tapar los huecos de otros. Los predios, entonces, nunca se pueden adquirir pues no hay dinero.

El círculo rojo número 4 señala el más interesante de los problemas generales, y tiene que ver con el hecho de que el procedimiento que viene aplicándose en materia de concesiones y contratos de obra pública parece no estarse haciéndose de manera lógica. A pesar de que las leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007 hacen un esfuerzo por especificar tanto los tipos de contratos (art. 32 Ley 80 de 1993) como las modalidades de selección posibles a la hora de escoger un contratista (art. 2 Ley 1150 de 2007), no dicen nada sobre otros procedimientos posteriores como la compra de predios, las consultas previas o la consecución de las licencias ambientales.

Como consecuencia de dicha imprecisión, estos cuatro procesos se están realizando con posterioridad a la adjudicación del proyecto. Dicho de otra forma: primero se escoje al contratista que va a realizar la obra y después se mira la disponibilidad de los predios, si el trazado es viable en términos ambientales y, en proyectos que afecten territorios indígenas, cómo se les va a convencer para que dejen avanzar el pro-

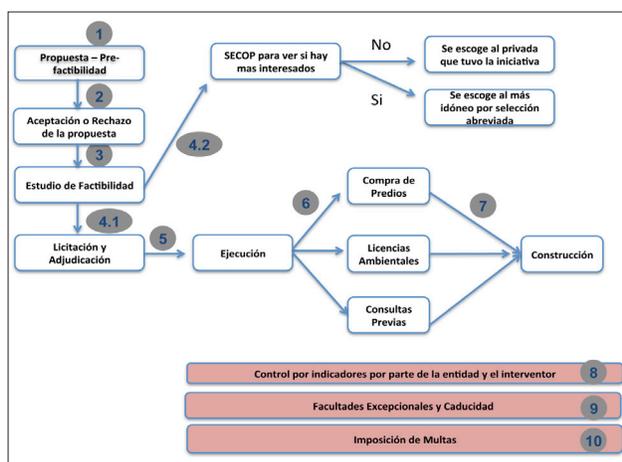
yecto, orden que es inconveniente (Comisión de Infraestructura, 2012, p. 11). Y resulta inconveniente porque termina no solo en altas demoras que después hay que reconocer al contratista, sino porque, además, cambia la concepción original del proyecto por no poder adquirir un predio o porque “no salió” la licencia ambiental, dando como resultado una obra más costosa y sin relación evidente con el que se pactó en un principio.

Dejando a un lado el momento en el cual se realizan los procedimientos anteriores, ha sido de público debate también la falta de coordinación entre los entes estatales que intervienen al momento específico de llevarlos a cabo (Comisión de Infraestructura, 2012, p. 11 y ss.). En otras palabras, el problema no es solamente el destiempo en los procedimientos sino la falta de coordinación entre las entidades gubernamentales responsables de darles celeridad. Por ejemplo, las consultas previas están bajo la responsabilidad del Ministerio del Interior; la licencias ambientales las debe emitir la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales (ANLA); los trámites de avalúos son responsabilidad del Instituto Geográfico Agustín Codazzi; la gestión contractual depende de la entidad contratante y el INVIAS, entre otros; y la autorización para acceder a vigencias futuras depende del Ministerio del Transporte, el Consejo Superior de Política Fiscal (CONFIS), el Consejo Nacional de Política Económica y Social (Conpes), entre otros. Todas entidades estatales sin coordinación ni propósito común entre ellas como se evidencia en varios proyectos, afectando con esto el éxito del proyecto (Comisión de Infraestructura, 2012, p. 12).

Como quinto y último problema, se identificó la forma como se están controlando los proyectos de infraestructura. De acuerdo con el artículo 4 y ss. de la Ley 80 de 1993, la entidad contratante debe hacer un seguimiento a las obras y tiene la potestad de imponer multas, realizar revisiones periódicas, asegurar el cumplimiento del contrato, adelantar acciones para reclamar indemnizaciones, entre otras cosas. Hasta acá eso suena lógico. El problema, sin embargo, es que todas esas medidas son discrecionales y no existe ningún referente en cuanto a indicadores de calidad o parámetros de calificación centrados en el cumplimiento y la calidad de lo que se recibe.

En el momento en que se pensó y redactó la Ley 1508 de 2012 se tuvieron en cuenta varias de estas inquietudes y se corrigieron algunos de estos inconvenientes. El diagrama 3 detalla el nuevo procedimiento establecido.

**Diagrama 3. El caso de las APP**



Fuente: elaboración del autor con base en la Ley 1508 de 2012.

En este escenario el procedimiento es diferente. Acá, como se busca incentivar la iniciativa privada, la idea del proyecto puede también ser de un privado que, simplemente, hace un análisis de prefactibilidad y presenta el concepto a la entidad correspondiente (paso 1). Acto seguido, la entidad receptora revisa la propuesta y toma una decisión a propósito de lo que se le presentó. Si decide apoyar el proyecto, entra a hacer un estudio de factibilidad (de fase 3) para asegurar su viabilidad.

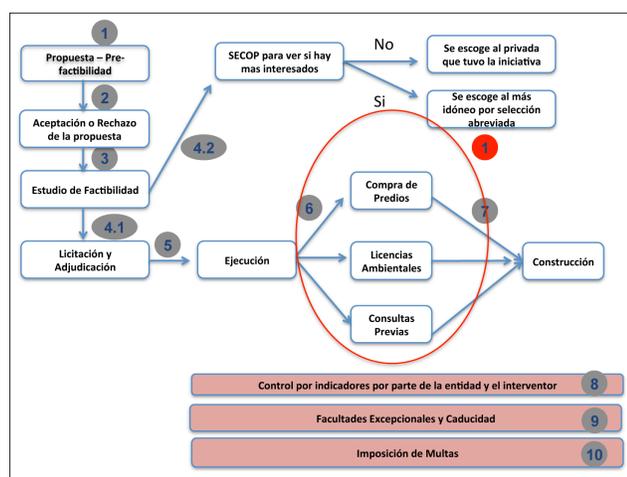
Si el estudio demuestra que el proyecto es viable puede pasar una de dos cosas dependiendo de si se necesitan recursos públicos o no. Si los necesita, el proyecto debe ir de inmediato a licitación pública y seguir el procedimiento que ya se conoce, con la salvedad de que si el ganador de la licitación no es el proponente, este último puede igualar el mejor precio dado y quedarse con el proyecto. Si no necesita de recursos públicos, el proyecto entra al Sistema Electrónico de Contratación Pública (SECOP) donde permanece publicado por seis meses en busca de terceros interesados en su desarrollo. Si los hay, se debe cumplir un proceso de selección abreviada. Si no los hay, quien propuso el proyecto se queda con él.

Lo interesante de la Ley 1508 de 2012, y por eso la traigo a colación, es que atendió varios de los problemas que ocurrían hasta ese momento. Dejó claro, por ejemplo, que los estudios que haga el proponente y la entidad contratante en conjunto deben ser en fase 3, que no se darán anticipos a los contratistas sino que estos deberán iniciar el proyecto con sus propios recursos, y

que los controles que se hagan a la ejecución del contrato deberán partir de indicadores de cumplimiento y calidad y no serán discrecionales de los funcionarios de la entidad contratante.

Los únicos dos problemas que sobreviven son: el de coordinación, por un lado, y el del momento en que se deben adquirir los predios y realizar los demás procedimientos posteriores (licencias ambientales y consultas previas), por el otro. Tal como lo muestra el círculo rojo número 1 del diagrama 4, estos tres procedimientos se están haciendo después de adjudicado el contrato y no se dice nada sobre entidades de coordinación.

**Diagrama 4. El problema de los modelos APP**



Fuente: elaboración del autor con base en la Ley 1508 de 2012.

### **B. Problemas específicos**

En este aspecto se identificaron tres problemas claros. En primer lugar, el de la conocida *prejudicialidad*. En segundo lugar, el de la discusión alrededor de si los motivos que se dan para expropiar los terrenos son, o no, lo suficientemente fuertes como para considerarlos de *utilidad*

*pública* y, por ende, justificantes del proceso de expropiación. En tercer y último lugar, el del *avalúo* de los predios, que no solamente es siempre altamente criticado por todas las partes, sino que, además, toma más tiempo del deseado.

Respecto al primero es pertinente hacer un recuento de la manera como fluye un proceso de adquisición/disposición de un predio. Cuando una entidad contratante o un contratista a quien ya le adjudicaron un contrato requiere disponer de un predio, debe, primero, agotar la posibilidad de la enajenación voluntaria. En términos coloquiales, debe ir y tratar de negociar con el dueño un precio para comprárselo de común acuerdo. Si la enajenación voluntaria no prospera la entidad interesada debe expedir una resolución (acto administrativo) que ordena iniciar los trámites de expropiación y notificar al propietario del predio sobre dicha resolución. Lo que sigue es presentar demanda ante un juez civil con solicitud de entrega anticipada, quien puede acceder o no a la pretensión. Si la expropiación fuese administrativa (leyes 1474 y 1450) el procedimiento será administrativo. El problema ocurre cuando el dueño del predio, o un tercero con interés en el proyecto, hace uso de la potestad de presentar demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra el acto administrativo que ordenó iniciar los trámites de expropiación (administrativa o judicial) ante un juez de la jurisdicción de lo contencioso administrativo (art. 170, CPP y arts. 22 y 23 de la Ley 9 de 1989). El efecto inmediato de esta demanda es que le impone al juez civil que lleva el proceso de expropiación, el deber de suspenderlo de manera inmediata hasta tanto el juez de lo con-

tencioso administrativo decida sobre la nulidad del acto administrativo (prejudicialidad). Este proceso puede demorar hasta una década en resolverse (Comisión de Infraestructura, 2012, p. 23) y, de llegarse a fallar a favor del demandante, el proceso de expropiación que hacía curso ante la jurisdicción civil termina (art. 23, Ley 9 de 1989).

El segundo problema es una extensión del primero y tiene que ver con el hecho de qué tanto se acepta, desde el principio, el motivo de utilidad pública del proyecto para que justifique la expropiación de un predio. La respuesta es aparentemente obvia: claro que los proyectos de infraestructura son de utilidad pública. Pues bien, esto no resulta del todo claro en muchos casos, pues la ley simplemente habla de que la causa expropiandi debe tener un objetivo que cumplir: que sea acorde con los fines de utilidad pública. Y cuando a alguien a quien le van a expropiar un terreno no quiere ceder o no está de acuerdo con el precio, pues nunca le va a parecer una buena causa y lo más seguro es que acuda al recurso de nulidad y restablecimiento del derecho, alegando, entre otras cosas, que el acto administrativo infringe una norma en que debería fundarse o está falsamente motivado (art. 88, CCA).

Por último, está el problema de la demora y la insatisfacción de las partes respecto al valor de los avalúos, situación que suele dilatar mucho los procesos de expropiación tanto por el tiempo que toma como por las discusiones y argumentos de lado y lado.

## VI. LA SOLUCIÓN AL PROBLEMA DESCRITO

Una vez identificadas las causas que han llevado a que la adquisición de predios en los proyectos de infraestructura sea un gran problema, resulta útil revisar qué posibles soluciones se han planteado o se pueden proponer. Con este fin y con la idea de hacer un análisis ordenado, se seguirá trabajando sobre la diferenciación entre problemas sistémicos y problemas específicos.

### A. Solución a problemas sistémicos

La solución al problema de los *estudios previos*, como bien lo afirmó la Comisión de Infraestructura, parece obvia: hay que hacer estudios completos de tal forma que se pueda saber no solo qué predios se necesitan sino por dónde irá el trazado de las vías, si este va a afectar algún territorio indígena, etc. (2012, p. 11). Las entidades contratantes tienen que, de verdad, hacer los estudios bien hechos; los proponentes tienen que saber que deben hacer sus propuestas a partir de documentos y exigencias más elaboradas; y los jueces tienen que ser implacables a la hora de castigar las situaciones en las cuales esto no ocurra.

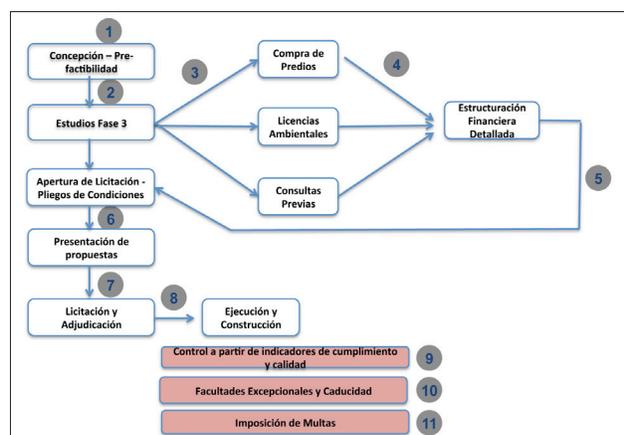
Ahora bien: ¿de qué estamos hablando cuando se piden diseños en fase 3? Los diseños y estudios en fase 3 incluyen los siguientes elementos: ingeniería en detalle del proyecto (planos finales para la construcción), plan de ejecución de la obra (plazos de avances físicos y parciales), presupuesto de los costos del proyecto con

precios unitarios por cada componente y documentos requeridos para participar en la licitación (especificaciones técnicas, administrativas y generales). Todos estos documentos deberían poder realizar cuantificaciones, al menos, con un 90% de precisión.

En cuanto al momento en que se empieza el proceso de adquirir los predios, es lógico que si se inicia cuando ya el proyecto se adjudicó, como ocurre en la actualidad, resulta perjudicial no solo porque deja menos tiempo para poder llevar a cabo el procedimiento, sino porque valoriza, a los ojos de los dueños, los terrenos que se necesitan y, en general, demora el proyecto en detrimento de la entidad contratante. Así las cosas, y recogiendo lo mencionado en la solución anterior, se propone, simplemente, cambiar el orden y el momento en que se adquieren los predios.

El momento para hacerlo debe ser antes de adjudicar la concesión o el contrato de obra pública. En particular, después de haber hecho los estudios en fase 3, tener certeza de qué predios se necesitan y mucho antes de que siquiera se sepa quiénes serán los interesados. En términos un poco más esquemáticos, se propone el orden que aparece en el diagrama 5, en contraposición a lo que se mostró en el diagrama 1.

**Diagrama 5. Propuesta de proceso en los proyectos de infraestructura, de acuerdo con lo establecido en las leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007**

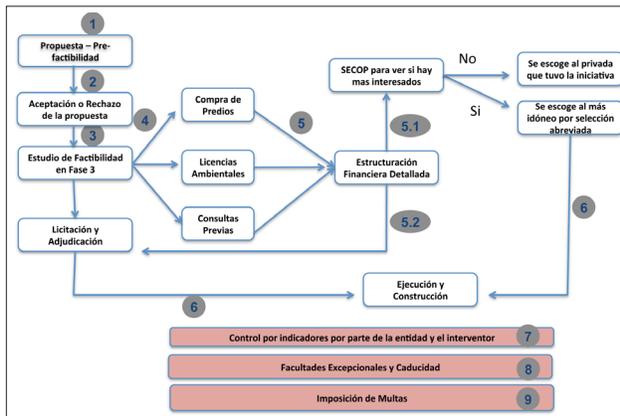


Fuente: elaboración del autor.

Como se puede notar, la idea es una vez concebido el proyecto: 1) hacer el análisis de prefactibilidad; 2) realizar los estudios de factibilidad en fase 3; 3) inmediatamente pasar a adquirir los predios, adelantar las consultas previas necesarias y solicitar las licencias ambientales formales; 4) estructurar financieramente el proyecto al detalle, y solamente hasta entonces; 5) abrir la licitación y adjudicar la concesión o el contrato de obra.

Lo mismo deberá ocurrir en los casos de las asociaciones público-privadas, cuya situación sería como aparece en el diagrama 6.

**Diagrama 6. Propuesta de proceso en proyectos de infraestructura a través de APP**



Fuente: elaboración del autor.

Este nuevo proceso propuesto, empero, requiere de algunas adaptaciones. La primera consecuencia lógica de lo que se plantea es que los costos tanto de la adquisición de los predios como de las licencias ambientales y las indemnizaciones producto de las consultas previas, de darse, tendría que asumírselos el Estado. Por esta razón, la Comisión de Infraestructura en su *Informe 2012* propone la creación de un fondo con destinación específica para financiar la realización, o contratación en su defecto, de diseños y estudios con la profundidad que se necesita (p. 12), dineros que son reembolsables pues harán parte de los costos del proyecto una vez este se adjudique.

De esta manera, se estarían asegurando los predios y dándole más tiempo al encargado de adquirirlos para poder disponer de ellos físicamente. Queda por responder quién realiza la compra de dichos predios. La respuesta se da a continuación.

Según la Comisión de Infraestructura para solucionar el embrollo de la descoordinación inte-

r-institucional se debería, primero, reforzar el Departamento Nacional de Planeación (DNP), crear una Comisión de Regulación de Transporte (CRT), crear el Fondo de Estudios y Diseños del que ya se habló y crear una Comisión Intersectorial de Infraestructura (CII) que se encargue de coordinar y enfocar todos los esfuerzos (2012, pp. 10-13). En este punto, empero, discrepo respetuosamente de la Comisión. Y discrepo porque no creo que la solución sea la creación de más y más entidades, como si las que existen no fueran ya suficientes.

En reemplazo propongo el reforzamiento o el establecimiento de una nueva función de coordinación general en cabeza, bien de INVÍAS, bien del gobierno central (Alta Consejería para la Competitividad, por ejemplo), que consistiría, en términos sencillos, en asegurar que todas las entidades que tienen o van a tener algo que ver con el proyecto trabajen con el mismo propósito y en la misma dirección; segundo, la disponibilidad de un listado muy juicioso de todos los proyectos en curso, su estado actual, sus necesidades y a quién corresponde atenderlas para no atascarse ni paralizar ningún proyecto. En fin, su función, básicamente, será la de hacer que las cosas pasen y que los proyectos no se traben por autorizaciones o trámites que dependen del gobierno mismo.

Se encargaría, por ejemplo, de reunir a las entidades contratantes y el contratista que esté desarrollando los estudios y diseños de fase 3 para socializar lo que se está planeando con la ANLA y asegurarse de que, lo que se está proponiendo, es viable en términos ambientales. Di-

cho de otra forma: en vez de planear todo y después preguntar el veredicto final a una misma entidad del gobierno, como si fueran enemigos, júntense desde el principio y hagan un proyecto viable en términos económicos y con trazados lógicos que respeten las reglas ambientales.

Lo anterior no significa propiciar que las entidades contratantes terminen de aliadas de las autoridades de las cuales necesitan autorizaciones, o que estas últimas dejen de cumplir sus funciones con toda rigurosidad. Por el contrario, se pretende que desde el principio se expongan las normas y sus interpretaciones y se planeen los proyectos con observancia de todo lo que se tiene que respetar, para evitar que después de meses de estudios se tengan que cambiar los trazados y hacer adiciones presupuestales, como ocurre hoy.

Haría también parte de la coordinación, reunir a la ANLA para asegurar que las condiciones y trazados sean ambientalmente viables; tramitar los recursos para la contratación de los estudios y diseños con el Fondo de Estudios y Análisis; contactar al Ministerio del Interior para que adelante los procesos de consulta previa y les haga seguimiento; y coordinar con las entidades contratantes la adquisición de los predios, sea con dineros del INVIAS o de la entidad contratante, por ejemplo.

Siguiendo con la propuesta de solución está la atinente a la *estructuración financiera* de los proyectos, que por demás, es también muy sencilla: hacerse bien. Cuesta un poco más, por supuesto, pero las entidades contratantes,

una vez tengan en sus manos los diseños detallados en fase 3, pueden realizar o contratar una estructuración financiera clara que detalle la manera como se va a financiar el proyecto y las fuentes de recursos, así como los requisitos en términos de solvencia y garantías que deben tener los interesados.

Se presenta, por último, la propuesta frente al *seguimiento y control a los contratos*. Este proceso no puede seguir quedando al arbitrio de la entidad contratante y de la auditoría. Se debe hacer a partir de estándares objetivos y claros de cumplimiento y calidad. Esto no requiere de mayor sofisticación ni de nuevas normas pero sí de mucha conciencia y disciplina.

### ***B. Solución a problemas específicos***

La primera atañe a la *especificación* clara de que el desarrollo de un proyecto de infraestructura que pasa por un predio de un tercero debe ser considerado como de *utilidad pública* sin discusión. La Corte Constitucional en sentencia C-227 de 2011 expuso lo siguiente, a propósito de los elementos de la expropiación:

1. Sujetos: El expropiante es el sujeto activo, es decir quien tiene la potestad expropiatoria; el beneficiario, es quien representa la razón de ser de la expropiación, el creador del motivo, de la necesidad de satisfacer un interés público y/o utilidad pública y el expropiado, titular de los derechos reales sobre los bienes requeridos por el Estado.
2. Objeto. Los derechos de índole patrimonial que sacrifican los particulares a favor de la Administración, sin incluir los derechos personales o personalísimos, para

satisfacer la causa expropriandi, de allí la necesidad de establecer los derechos patrimoniales del sujeto expropiado sobre el objeto delimitado y, 3. La causa expropriandi o justificación presentada por el Estado para utilizar la figura de la expropiación. *Ésta debe tener un objetivo que cumplir, que sea acorde con los fines de la utilidad pública e interés social, especificado en la norma que la crea: “lo primero que hay que notar es que el fin de la expropiación no es la mera “privación” en que ésta consiste, sino el destino posterior a que tras la privación expropiatoria ha de afectarse el bien que se expropia”,* es decir, siempre hay una transformación al terminar la expropiación, lo que hace que la expropiación sea un instrumento para llegar al fin de la meta propuesta en la ley, un elemento que conllevará a realizar ciertos objetivos planteados para una situación fijada, que amerita la obtención de cierto derecho. [Cursivas añadidas].

Vale la pena hacer especial hincapié en la causa de la expropiación que señala la sentencia (ver cursivas). La clave de la expropiación, y por ende del acto administrativo que la motiva, es precisamente que tenga una razón de ser relacionada con la utilidad pública que se genera a partir de poder disponer del bien. Es decir: el punto no es quitarle un predio a alguien porque se puede. El punto es el destino posterior que tendrá el bien y la función de utilidad común superior que cumplirá.

En concordancia con lo anterior, el artículo 14 del Decreto 2304 de 1989 reza lo siguiente a propósito de los eventos en los cuales se puede interponer un recurso de nulidad y restablecimiento del derecho a actos administrativos:

toda persona podrá solicitar por sí, o por medio de su representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos. Procederá no sólo *cuando los actos administrativos infrinjan las normas en que deberían fundarse*, sino también cuando hayan sido expedidos por funcionarios u organismos incompetentes, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencias y defensa, o *mediante falsa motivación*, o con desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que los profirió. También puede pedirse que se declare la nulidad de las circulares de servicio y de los actos de certificación y registro. [Cursivas añadidas].

Es claro entonces: por un lado, los actos administrativos que ordenan iniciar trámites de expropiación tienen que detallar con mucha claridad los motivos de utilidad pública que la justifican. Por el otro, se permite que los actos administrativos sean demandados porque están mal motivados o porque infringen las normas en que deberían fundarse.

Juntando todo esto con las cifras que ya se presentaron, y teniendo presente el acuerdo que existe en el sentido de que los proyectos de infraestructura sí son motivos de utilidad pública, se podría solucionar este problema de especificación simplemente dejando claro en la normatividad que los proyectos de infraestructura son, sin posibilidad de discutirlo, motivos de utilidad pública que justifican acudir y usar procedimientos legales como la expropiación, tal cual lo estipula, con acierto, el artículo 19 de la Ley 1682 de 2013 (Ley de Infraestructura), advirtiendo por supuesto que no debe hacerse extensivo a

otra clase de proyectos promovidos por entidades públicas. Por ejemplo: si mañana Ecopetrol quisiera expropiar un predio para explorar si hay petróleo, no podría acudir a la definición específica de proyecto de infraestructura. Para que no haya ninguna clase de confusión ni atropello con esta medida, el texto deberá ser lo suficientemente específico.

La siguiente propuesta tiene que ver con la solución al problema más grande de todos, ya explicado: la prejudicialidad. Para terminar de entender su complejidad y de contextualizar la propuesta que se va a hacer, bien vale la pena recordar lo dicho por la Corte Constitucional en sentencia C-513 de 1994, con ponencia del magistrado Antonio Barrera Carbonell, a propósito de la finalidad y el sentido del recurso de nulidad en los actos administrativos:

La acción de nulidad, de larga tradición legislativa (ley 130 de 1913) y jurisprudencial en nuestro medio, tiene como finalidad específica la de servir de instrumento para pretender o buscar la invalidez de un acto administrativo, proveniente de cualquiera de las ramas del poder público, por estimarse contrario a la norma superior de derecho a la cual debe estar sujeto. *A través de dicha acción se garantiza el principio de legalidad que es consustancial al Estado Social de Derecho que nuestra Constitución institucionaliza y se asegura el respeto y la vigencia de la jerarquía normativa.* Dicha jerarquía, cuya base es la Constitución, se integra además con la variedad de actos regla, que en los diferentes grados u órdenes de competencia son expedidos por los órganos que cumplen las funciones estatales, en ejercicio de las competencias constitucionales y legales de

que han sido investidos formal, funcional o materialmente. ... La acción de nulidad tiene un sólido soporte en el principio de legalidad que surge, principalmente, del conjunto normativo contenido en los arts. 1, 2, 6, 121, 123, inciso 2o., 124 de la C.P., pero así mismo tiene su raíz en las normas que a nivel constitucional han institucionalizado y regulado la jurisdicción de lo contencioso administrativo (arts. 236, 237-1-5-6 y 238). [Cursivas añadidas].

El mensaje es claro: la posibilidad de interponer una acción de nulidad se abre como medida de protección al ordenamiento jurídico y, muy especialmente, al principio de legalidad. Aterrizando lo dicho por la Corte en el proceso en mención, se puede afirmar que la razón de ser, entonces, de permitir que cualquier interesado en un proceso de expropiación interponga un recurso de nulidad es, precisamente, la defensa del principio de legalidad y del ordenamiento jurídico. Dicho de otra forma: la razón por la cual se está permitiendo hoy en Colombia que los proyectos de infraestructura se tranquen hasta una década de más por la adquisición de predios, es por no perder un mecanismo de protección del ordenamiento jurídico y del principio de legalidad.

Y hace lógica si se piensa bien: recordemos que la definición básica de acto administrativo hace referencia a una declaración unilateral de voluntad por parte de un organismo considerado como público con la clara intención de generar efectos jurídicos. Sería un despropósito que las entidades públicas encargadas de cumplir y hacer respetar el ordenamiento jurídico produjeran declaraciones oficiales que fueran abiertamente contrarias a aquello que, como ya se

dijo, están mandadas a proteger. Sería el perfecto ejemplo de un mundo al revés.

Esta protección es la razón por la que se acude a la posibilidad de demandar los actos administrativos cuando estos sean contrarios a la ley, y también el motivo por el que la misma Corte Constitucional (sentencia C-127/1998, M. P. Jorge Arango Mejía) declaró inexecutable un aparte del artículo 23 de la Ley 9 de 1989, donde se proponía que en tratándose de demandas de nulidad en contra de actos administrativos que ordenasen iniciar los procesos de expropiación, no se suspendieran los procesos paralelos de expropiación. Literalmente, el artículo determinaba que: “En estas acciones no procederá la suspensión provisional del acto demandado”.

La respuesta de la Corte es del siguiente tenor:

La Corte considera que la exclusión en los procesos de expropiación es inconstitucional, por violar el artículo 238 de la Constitución, por las siguientes razones: la suspensión provisional de un acto administrativo, es una garantía esencial para el ciudadano frente a una decisión ostensiblemente violatoria de normas superiores. *Es la manera más expedita para impedir que los efectos de una decisión administrativa, violatoria de normas superiores, continúe produciendo consecuencias, que sólo cesarían cuando se produjera la sentencia respectiva.* Asunto que puede tardar muchos meses, e incluso años. Esta figura de la suspensión provisional, también resulta beneficiosa para la propia administración, pues, al impedir que se continúen los efectos del acto administrativo violatorio, la responsabilidad del Estado frente al afectado, en términos económicos y

de daño social, en caso de una sentencia desfavorable para la administración, puede ser sustancialmente menor. [Cursivas añadidas].

Como se puede ver, se vuelve al tema de la protección de las normas superiores y la demanda de nulidad, así como la suspensión provisional de los efectos del otro proceso —que es en realidad lo que más preocupa—, se convierten en un mecanismo de protección del ordenamiento jurídico de gran utilidad para impedir que el acto administrativo —posiblemente viciado— produzca efectos.

Y es por las razones expuestas que me separo de la solución que propone la Comisión de Infraestructura para “alivianar” el problema de la prejudicialidad. En su concepto se debería, simplemente, definir que los actos administrativos que decreten el inicio del proceso de expropiación sean de ejecución inmediata como ocurre en el caso del artículo 80 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (EOSF) que, vale la pena precisar, hace referencia a la fijación del capital mínimo que deben tener las instituciones financieras (Comisión de Infraestructura, 2012, p. 25). Las dos situaciones no son comparables por el riesgo de afectación al ordenamiento jurídico que conlleva cada una. Una cosa son las posibilidades de afectar el ordenamiento jurídico en caso de una expropiación de buena fe que menoscaba el derecho de propiedad, y otra, muy diferente, cuando se están fijando unas reglas de juego para unos participantes del mercado teniendo perfectamente claro la institución que lo debe hacer.

Así, y de acuerdo con lo dicho por la Corte en las sentencias citadas, una solución que apunte en ese sentido no tendría posibilidades de salir adelante porque estaría omitiendo la suspensión del proceso de expropiación que, como ya se vio, es fundamental en la Constitución, en aras de proteger el ordenamiento jurídico. Y es por esta razón, también, que creo que la solución dada por la Ley 1682 de 2013 —promovida por el gobierno Santos con el objeto de dinamizar la construcción de los grandes proyectos de infraestructura— no es sostenible, salvo que la Corte Constitucional cambie su jurisprudencia.

En particular me refiero al artículo 31 que, sin más, decreta que el acto administrativo que señala el inicio del proceso expropiatorio será de aplicación inmediata y “gozará de fuerza ejecutoria y ejecutiva”, negando, acto seguido, la posibilidad de presentar recursos de nulidad y restablecimiento del derecho, y dejando solo la opción de una reposición en el efecto devolutivo que, en mi opinión, no es más que un procedimiento inútil porque resulta casi imposible que la entidad cambie de opinión acerca de su propio acto administrativo. Olvidan que la solución de quitar de un plumazo la posibilidad de presentar el recurso de nulidad y restablecimiento del derecho ya la había propuesto la Ley 9 de 1989 y que la Corte la negó arguyendo el carácter proteccionista del ordenamiento jurídico y el principio de legalidad. El tema no es un capricho. Y si la Corte sigue su propia línea jurisprudencial, ese artículo y esa solución se caerían con un alto grado de probabilidad.

No se puede concluir, sin embargo, que todo está perdido. Por esta razón, en atención al carácter de utilidad pública de los proyectos de infraestructura se debe encontrar una solución que garantice dos cosas: 1. Que no se pierda la protección al ordenamiento jurídico y al principio de legalidad del que habla la Corte, y 2. Que evite suspender los procesos de expropiación durante una década.

Lo primero que debería cambiar es que todo lo relacionado con las expropiaciones y nulidades de los proyectos de infraestructura se centralicen en la jurisdicción contencioso administrativa. De esta manera se evitarían las confrontaciones entre una y otra rama; se aseguraría la unidad de criterio y jurisprudencia, para bien o para mal; y se le permitiría al juez tener todos los elementos de juicio a la mano a la hora de tomar sus decisiones.

Debería establecerse, en segundo lugar, un mecanismo *sui generis* de protección al ordenamiento jurídico que permita ser mucho más expeditos. En vez de asegurar el respeto al ordenamiento jurídico vía la posibilidad de interponer la demanda de nulidad, se podría hacer una consulta ante el juez contencioso administrativo, ex ante, que permita asegurar la validez del acto administrativo que ordena iniciar los procesos de expropiación. Me explico: la entidad que va a emitir el acto administrativo le envía al juez el texto en que solicita el inicio del trámite de expropiación, pero no para que le dé curso sino para que lo revise y certifique su validez. El juez, como primera cosa, admite o rechaza el recurso y luego revisa la validez del acto administrativo, te-

niendo como hoja de ruta el que el desarrollo de un proyecto de infraestructura es razón suficiente para acreditar el motivo de utilidad pública.

Acto seguido, el juez notifica la validez del acto administrativo o indica los aspectos que lo vician de nulidad. Y acá viene el primer punto interesante: si el juez detecta alguna irregularidad que tenga como consecuencia la nulidad, normalmente lo que hace es devolver el texto con las anotaciones para que se subsane el error pero no retrotrae todos los efectos del proceso de expropiación como ocurre actualmente. De esta manera se lograría proteger no solo los actos administrativos que ordenan la expropiación y que se demanden, sino todos, siempre y cuando se trate de proyectos de infraestructura. Es decir, no se estaría solo protegiendo el ordenamiento jurídico sino sobreprotegiéndolo, atendiendo la inquietud de la Corte Constitucional.

Este mecanismo, además, sería mucho más expedito en la medida en que no hay que hacer juicios de valor alrededor de la motivación de utilidad pública, pues ya está decretada al ser un proyecto de infraestructura, y, lo más importante, no se incurriría en el proceso largo y dispendioso de una demanda común y corriente (traslados, argumentos de todas las partes, audiencias, etc., etc.). Para asegurar el éxito de esta medida, sugiero la creación de jueces especializados que se dediquen exclusivamente a esta labor. Cuesta un dinero, por supuesto, pero estaría justificado en la urgencia de dotar al país de una buena infraestructura.

Una vez el juez “certifique” que el acto administrativo es válido y cumple con todos los requisitos, este se emitiría junto con el pronunciamiento del juez y su validez estaría garantizada (como cosa juzgada) para cualquier efecto. La consecuencia lógica de esta posibilidad, empero, es que los agentes interesados no tendrían la facultad de interponer el recurso de nulidad. Se estaría, entonces, acabando con la prejudicialidad sin afectar el principio de legalidad, y sin eliminar un mecanismo de protección clave que, según ha dicho la Corte, debe prevalecer.

Ya para terminar, está el problema del *avalúo del predio*. Y está de último pues si se organiza bien el proceso, nadie tendría problema en aceptar lo propuesto en el punto anterior. Y se menciona con esta categoría porque, siendo prácticos, los afectados con la medida de expropiación no discuten el hecho de tener que entregar el predio, puesto que desde que reciben la oferta oficial en la etapa de enajenación voluntaria lo saben. El problema no es la entrega sino, más bien, si van a recibir el precio justo porque la entidad siempre va a querer pagarles menos.

Como se venía manejando esta parte no era nada conveniente, y sin embargo se mantuvo en la Ley 1682 de 2013. Imponer que cuando las dos partes no se puedan poner de acuerdo en el precio sea el Instituto Geográfico Agustín Codazzi el que haga el avalúo, y que gústeles o no tengan que aceptarlo, es condenar el proceso, de entrada, a insatisfacciones innecesarias para ambas partes.

La propuesta de solución a este problema es que, tal como ocurre con las cláusulas compromisorias en cualquier contrato privado, se abra la posibilidad de nombrar unos valuadores independientes expertos, de la Cámara de Comercio u otra institución, que sean quienes en las diferentes ciudades y municipios decidan el precio. De esta manera, las partes estarán más conformes con el resultado porque fueron ellas quienes voluntariamente aceptaron tanto el mecanismo como los valuadores y, seguramente, se podrá llegar a un precio mucho más rápido y de una forma mucho más efectiva.

Y es precisamente por esa razón que el procedimiento consagrado en la Ley 388 de 1997, aun haciendo el avalúo inmediatamente después del anuncio del proyecto tampoco funciona: condena a las partes a aceptar el avalúo de un tercero que ninguna de los dos escogió. El éxito de las cláusulas compromisorias en los contratos radica en que, en este caso, las partes podrían escoger a un tercero (avaluador o juez) en quien ambas confían para que dé un veredicto, y que al ser pagado por ellas tendrá una obligación mayor de dar su concepto en menos tiempo. El pago por este concepto sería asumido como un costo más del proyecto.

De esta forma se evitarían gran parte de los procesos de expropiación, y se dispondría de un método más neutro, expedito y experto de solución para la controversia por el precio, con un grado de conformidad mayor para las partes.

## VII. CONCLUSIONES

Con este trabajo se ha pretendido encontrar puntos medios entre una necesidad real y urgente como es superar el atraso en infraestructura que tiene Colombia, y unos derechos y principios involucrados que se deben respetar.

Para lograr ponerse al día en materia de infraestructura se deben superar diferentes obstáculos. El primero de ellos tiene que ver con el presupuesto de inversión, que debe pasar de 6 a 30 billones de pesos anuales. Dichos recursos no van a ser posibles si se pretende que provengan del erario público. Se debe involucrar al sector privado activamente.

En segundo lugar, se deben superar varios cuellos de botella que, en muchos casos, estancan los proyectos. Uno de ellos es el relacionado con la adquisición de predios, para el cual se identificaron problemas sistémicos y específicos y se proponen las correspondientes soluciones.

De los cinco problemas sistémicos determinados, el primero hace referencia al momento en el que se está llevando a cabo la adquisición de los predios, para lo cual se propone dejar de hacerlo después de adjudicados los proyectos y pasar a hacerlo antes; para el segundo, la precariedad de los estudios previos, la solución que se plantea es que estos contengan los elementos exigibles a la fase 3; respecto al tercero, la estructura financiera de los proyectos, el reto está en determinarla de forma adecuada de modo que permita asegurar la capacidad de solvencia del contratista y el éxito del proyec-

to; el cuarto problema, la descoordinación interinstitucional, exige enfocar los esfuerzos de todas las entidades gubernamentales hacia el propósito de darle celeridad a los proyectos, en un trabajo concertado, por ejemplo, por INVIAS; finalmente, para el problema del control del progreso de los proyectos, se señala la necesidad de implementar indicadores de cumplimiento y calidad con especificaciones claras.

En cuanto a los problemas específicos se proponen tres retos. El primero, dejar claro que la causa expropiandi basada en proyectos de infraestructura constituye motivación suficiente para considerarla de utilidad pública y, por tanto, ya no se pueda discutir si el acto administrativo es válido o no. El segundo, acabar con la prejudicialidad mediante la puesta en marcha de un procedimiento *sui generis* consistente en consultar a un juez de lo contencioso administrativo, ex ante, la validez del contenido de la resolución que ordena la expropiación, mecanismo que permite tanto la protección del principio de legalidad como evitar el estancamiento de los proyectos hasta diez años que es lo que normalmente toma resolver cualquier acción de nulidad que se interponga.

Por último, se sugiere permitir a las partes (gobierno y dueño del predio) acudir a un valuador independiente, por ejemplo, de la Cámara de Comercio de las ciudades y municipios para que sean ellos quienes, en menos tiempo y con más experticia, determinen el valor del precio de los predios.

## Referencias

- Caicedo, J. P. (2012). *La ley 1508 de 2012 o de asociaciones público privadas y su impacto jurídico sobre el desarrollo de la infraestructura en Colombia*. [Tesis de pregrado en Derecho, Universidad de los Andes].
- Clavijo, S., Vera, A. y Vera, N. (enero-marzo, 2013). La inversión en infraestructura en Colombia 2012-2020. Efectos fiscales y requerimientos financieros. *Actualidad económica*. Obtenido de anif.co: <http://anif.co/sites/default/files/uploads/Inversion%20en%20infraestructura.pdf>
- Código Contencioso Administrativo. Decreto 1 de 1984 (enero 2). Derogado por el artículo 309 de la Ley 1437 de 2011 (rige a partir del 2 de julio de 2012).
- Código de Procedimiento Civil. Decreto 1400 de 1970 (agosto 6). Derogado por el artículo 626 de la Ley 1564 de 2012 (12 de julio).
- Comisión Nacional de Infraestructura. (Octubre, 2012). *Informe*. Bogotá: Autor.
- Congreso de la República. (28 de octubre de 1993). Ley 80 de 1993. Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.
- Congreso de la República. (18 de julio de 1997). Ley 388 de 1997. Por la cual se modifica la Ley 9 de 1989, y la Ley 2 de 1991 y se dictan otras disposiciones.

- Congreso de la República. (11 de enero de 1989). Ley 9 de 1989. Por la cual se dictan normas sobre planes de desarrollo municipal, compraventa y expropiación de bienes y se dictan otras disposiciones.
- Congreso de la República. (16 de julio de 2007). Ley 1150 de 2007. Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con recursos públicos.
- Congreso de la República. (28 de diciembre de 1998). Ley 489 de 1998. Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones.
- Congreso de la República. (16 de junio de 2011). Ley 1450 de 2011. Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo, 2010-2014.
- Congreso de la República. (11 de julio de 2011). Ley 1474 de 2011. Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública.
- Congreso de la República. (9 de enero de 2012). Ley 1508 de 2012. Por la cual se establece el régimen jurídico de las Asociaciones Públicas Privadas, se dictan normas orgánicas de presupuesto y se dictan otras disposiciones.
- Congreso de la República. (22 de noviembre de 2013). Ley 1682 de 2013. Por la cual se adoptan medidas y disposiciones para los proyectos de infraestructura de transporte y se conceden facultades extraordinarias.
- Consejo de Estado. (15 de noviembre de 1990). Exp. 2339.
- Consejo Privado de Competitividad, Infraestructura, Logística y Transporte. (2010). *Informe 2009-2010*. Obtenido de: <http://www.compitem.com.co/site/wp-content/uploads/informes/2009-2010/05-Infraestructura%20logistica%20y%20transporte.pdf>
- Corte Constitucional. Sentencia C-513 de 1994 (M. P.: Antonio Barrera Carbonell; noviembre 16 de 1994).
- Corte Constitucional. Sentencia C-227 de 2011 (M. P.: Juan Carlos Henao Pérez; marzo 30 de 2011).
- De Vivero Arciniegas, F. (comp.). (2010). *Reforma al régimen de contratación estatal*. Bogotá: Universidad de los Andes.
- Echeverry, J. C., Acevedo, J., Bocarejo, J. P., Ospina, G., Lleras, G., Rodríguez Valencia, A. (2012). *El transporte como soporte al desarrollo de Colombia. Una visión al 2040*. Bogotá: Universidad de los Andes.

- Foro Económico Mundial. (2013). *Informe de Competitividad 2012-2013*. Obtenido de: [http://www3.weforum.org/docs/WEF\\_GlobalCompetitivenessReport\\_2012-13.pdf](http://www3.weforum.org/docs/WEF_GlobalCompetitivenessReport_2012-13.pdf)
- Moreno Andrade, L. F. (2013). Presentación de la ANI ante comité de la Andi. “Cuarta Generación de Concesiones Viales en Colombia”
- Presidente de la República. (7 de octubre de 1989). Decreto 2304 de 1989. Por el cual se introducen algunas modificaciones al Código Contencioso Administrativo.
- Yepes, T. Ramírez, J. M., Villar, L., Aguilar, J. (Julio, 2013). *Infraestructura de transporte en Colombia*. Bogotá: Fedesarrollo.