



Revista de
Derecho
Público

**INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE EN COLOMBIA:
AVANCES DE LA LEY 1682 DE 2013**

ALFREDO FUENTES HERNÁNDEZ

Artículo de reflexión

DOI: <http://dx.doi.org/10.15425/redepub.33.2014.06>

Universidad de los Andes

Facultad de Derecho

Revista de Derecho Público N.º 33

Julio - Diciembre de 2014. ISSN 1909-7778

Infraestructura de transporte en Colombia: avances de la Ley 1682 de 2013

Resumen

La Ley 1682 de 2013, o Ley de Infraestructura, proporciona herramientas valiosas para superar los principales cuellos de botella que afectan el desarrollo de proyectos de infraestructura de transporte, y cuya falta de solución viene incidendo en una drástica reducción de la competitividad de la economía. Las principales contribuciones regulatorias de la Ley se resumen a continuación: i) mayores exigencias de planeación de proyectos desde su fase de estructuración; ii) pautas de coordinación entre la Nación y las entidades territoriales; iii) clarificación y facilitación de aspectos contractuales y de resolución de controversias; iv) eliminación de obstáculos a los proyectos en cuanto a la propiedad de inmuebles, licencias ambientales y conflictos con redes de servicios y licencias de minería; y iv) fortalecimiento institucional y financiero del sector de infraestructura de transporte.

Palabras clave: proyectos de infraestructura de transporte: planeación; contratación; solución de controversias; expropiación y adquisición de inmuebles; licencias ambientales; relación con redes de servicios públicos, de telecomunicaciones y de transporte de hidrocarburos; permisos mineros; fortalecimiento institucional y financiamiento.

Transport infrastructure in Colombia: Progress attained with Law 1682/2013

Abstract

Law 1682/2013 or Infrastructure Law provides valuable tools to make progress in overcoming the main bottlenecks affecting the feasibility of transport infrastructure projects, and which lack of solution has been generating insecurity with respect to investments, and delays in strategic projects for the competitiveness of the economy. The main regulatory contributions of the law can be summarized as follows: i) Greater planning requirements for infrastructure projects as of their structuring phase; ii) Guidelines for coordination between the Nation and the regional entities; iii) Clarification and facilitation of contractual and dispute resolution matters; iii) Elimination of obstacles to the projects in terms of property matters, environmental licenses, conflicts with utility and hydrocarbon networks, and mining permits; and iv) Institutional strengthening and financial development of the transport infrastructure sector.

Keywords: transport infrastructure projects: planning; contracting; dispute resolution; land expropriation and acquisitions; environmental licenses; dealing with public utility, telecommunications and hydrocarbon transport networks; mining licenses; institutional strengthening.

Infra-estrutura de transporte na Colômbia: avanços da Lei 1682 de 2013

Resumo

A Lei 1682 de 2013, ou Lei de infra-estrutura, proporciona ferramentas valiosas para superar os principais problemas que afetam o desenvolvimento de projetos de infra-estrutura de transporte, e cuja falta de solução vem incidindo em uma drástica redução da competitividade da economia. As principais contribuições regulatórias da Lei, se resume a seguir: i) maiores exigências de planejamento de projetos desde sua fase de estruturação; ii) pautas de coordenação entre a Nação e as entidades territoriais; iii) esclarecimento e facilitação de aspectos contratuais e de resolução de controvérsias; iv) eliminação de obstáculos aos projetos quanto à propriedade de imóveis, licenças ambientais e conflitos com redes de serviços e licenças de mineração; e iv) fortalecimento institucional e financeiro do setor de infra-estrutura de transporte.

Palavras-chave: projetos de infra-estrutura de transporte: planejamento; contratação; solução de controvérsias; expropriação e aquisição de imóveis; licenças ambientais; relação com redes de serviços públicos, de telecomunicações e de transporte de hidrocarboneto; licenças mineiras; fortalecimento institucional e financiamento.

Infraestructura de transporte en Colombia: avances de la Ley 1682 de 2013*

Alfredo Fuentes Hernández**

SUMARIO

I. ANTECEDENTES – II. ÁMBITO Y PRINCIPIOS DE LA LEY 1682 – III. LA PLANEACIÓN, ESTRUCTURACIÓN JURÍDICA Y CUMPLIMIENTO DE LOS CONTRATOS DE INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE – A. *Exigencias correspondientes a la etapa de estructuración de proyectos de infraestructura de transporte* – B. *Coordinación con las entidades territoriales en el desarrollo de proyectos de infraestructura de transporte* – C. *Gestión contractual y prevención de conflictos en la ejecución de proyectos de infraestructura de transporte* – 1. Reglas para la apertura de procesos de selección contractual – 2. Reglas que desarrollan el concepto de “unidades funcionales” que permiten una segmentación en la ejecución de los contratos – 3. Reglas para incrementar los frentes de trabajo en los proyectos – 4. Reglas sobre pago de prestaciones por terminaciones anticipadas de los contratos – 5. Reglas para determinar la capacidad residual de contratación – 6. Reglas sobre intervenciones de emergencia del Estado en la infraestructura de los contratistas – D. *Permisos para el desarrollo de proyectos de infraestructura por cuenta y riesgo de los solicitantes* – E. *Disposiciones sobre responsabilidad y solución de controversias* – 1. Régimen de responsabilidad en proyectos de APP – 2. Reglas de solución de controversias de contratos estatales – IV. REGULACIÓN DE OBSTÁCULOS A PROYECTOS DE INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE EN MATERIA DE COMPRA DE INMUEBLES, LICENCIAS AMBIENTALES, REDES DE SERVICIOS Y DE HIDROCARBUROS, Y PERMISOS MINEROS – A. *Procedimientos relacionados con la expropiación y adquisición de inmuebles para proyectos de infraestructura* – B. *Regulaciones referentes a la expedición de licencias ambientales* – C. *Aspectos relacionados con la instalación y traslado de redes de servicios públicos e hidrocarburos* – D. *Aspectos relacionados con los permisos mineros* – E. *Aspectos relacionados con el acceso a los puertos marítimos y fluviales* – V. FORTALECIMIENTO DE LA INSTITUCIONALIDAD Y DEL FINANCIAMIENTO DEL SECTOR DE INFRAESTRUCTURA DEL TRANSPORTE – VI. CONSIDERACIONES FINALES – Referencias.

* Cómo citar este artículo: Fuentes Hernández, A. (Diciembre, 2014). Infraestructura de transporte en Colombia: avances de la Ley 1682 de 2013. *Revista de Derecho Público*, 33. Universidad de los Andes (Colombia).

** Doctor en Derecho de la Universidad de los Andes, Master of Laws (LL.M.) de Harvard University y Master of Arts in Economics de Boston University. Se ha desempeñado como secretario general de la Comunidad Andina y director del área legal de esta organización; director económico del Instituto para la Integración de América Latina (INTAL); presidente de la Cámara de Comercio Colombo Venezolana; director de la Fundación Cerrejón para el Fortalecimiento Institucional de La Guajira; director de la Corporación Excelencia en la Justicia; decano y profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, e investigador de Fedesarrollo. Actualmente es abogado socio de la firma Estudios Palacios Lleras, y árbitro del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá. Correo: afuentes@palacioslleras.com

I. ANTECEDENTES

La Ley 1682 de 22 de noviembre de 2013, o Ley de Infraestructura, “por la cual se adoptan medidas y disposiciones para los proyectos de infraestructura de transporte y se conceden facultades extraordinarias”, se orienta a establecer un marco normativo que ofrezca herramientas para agilizar, dar mayor transparencia y coordinación a los esfuerzos del Estado en aras de superar los principales cuellos de botella que se presentan en el desarrollo de los proyectos de infraestructura de transporte. La falta de solución de estos obstáculos ha venido incidiendo en una drástica reducción de la competitividad de la economía y de su capacidad de expansión.

En efecto, en el Informe de la Comisión de Infraestructura, creada a instancias del Gobierno Nacional a mediados de 2012, se constata el considerable atraso de Colombia si se le compara con otros países de similar grado de desarrollo, en áreas tales como la calidad de sus carreteras, cobertura y calidad de sus modos de transporte, y precaria institucionalidad del sector. Ello, en contraste con otros sectores como el eléctrico —que ha logrado construir una infraestructura moderna bajo reglas más claras e instituciones técnicas que estimulan inversiones a largo plazo— (Comisión de infraestructura, 2012). Entre las diferentes recomendaciones de esta Comisión, se encuentran aquellas referentes a la superación de los problemas del actual ordenamiento institucional y normativo para la contratación y operación de los proyectos de infraestructura de transporte, para lo cual se

planteó la conveniencia de la expedición de una ley destinada a superar estas dificultades.

En este contexto, el 22 de marzo de 2013, el Gobierno nacional presentó en el Senado el Proyecto de Ley número 223 de 2013, que de manera específica “busca implementar algunas de las recomendaciones de la Comisión de Expertos en Infraestructura, y superar los principales cuellos de botella que afectan la agilidad y viabilidad real del desarrollo de proyectos de infraestructura de transporte: adquisición de predios, licencias ambientales y redes de servicios públicos, entre otros”.¹

La Ley 1682 de 2013, finalmente aprobada, incorporó estos y otros elementos que buscan superar el atraso en la infraestructura de transporte y la posibilidad de construir y mantener una red de transporte moderna y eficiente. La referida Ley abordó otros asuntos de importancia, tales como la elevada litigiosidad en la ejecución de proyectos; la falta de coordinación con otros sectores como el minero cuando las obras de infraestructura de transporte se superponen con títulos mineros; o la carencia de un marco institucional y técnico que asigne el necesario direccionamiento y coordinación a las entidades del sector, todo ello en beneficio de una mayor transparencia y seguridad jurídica en la ejecución de los proyectos de inversión en el sector.

¹ Ver Exposición de motivos, Proyecto de Ley 223 Senado “por el cual se adoptan medidas y disposiciones para los proyectos de infraestructura” (22 de marzo de 2013). *Gaceta del Congreso* n.º. 137 de 2013.

II. ÁMBITO Y PRINCIPIOS DE LA LEY 1682

El ámbito de aplicación de la Ley 1682, según su artículo primero, es exclusivamente el de la “infraestructura de transporte”, por lo que no es aplicable a la provisión de infraestructura en otros sectores, y tampoco regula temas del transporte en sí mismo. Cabe tener en cuenta que el transporte público en Colombia se encuentra regulado principalmente por la Ley 105 de 1993, que lo ha definido en su artículo 3 como “una industria encaminada a garantizar la movilización de personas o cosas por medio de vehículos apropiados a cada una de las infraestructuras del sector, en condiciones de libertad de acceso, calidad y seguridad de los usuarios, sujeto a una contraprestación económica (...)”.² Y dentro de los principios que rigen dicho transporte público, el referido artículo 3 establece que “*La operación del transporte público en Colombia es un servicio público bajo la regulación del Estado, quien ejercerá el control y la vigilancia necesarios para su adecuada prestación, en condiciones de calidad, oportunidad y seguridad*”. (Cursivas añadidas).

El artículo 12 de la Ley 105 de 1993 define específicamente la infraestructura de transporte (IT) a cargo de la Nación, como “aquella de su propiedad que cumple la función básica de integración de las principales zonas de producción y de consumo del país, y de éste con los demás países”. Esta infraestructura está constituida,

² Ver consideraciones al respecto en la Ponencia del 2do. debate del Proyecto de Ley 223 Senado “por el cual se adoptan medidas y disposiciones para los proyectos de infraestructura” (22 de marzo de 2013). *Gaceta del Congreso*, n.º. 137 de 2013.

entre otros componentes, por la red nacional de carreteras, ríos, puertos marítimos, líneas férreas, redes de comunicaciones, puentes, viaductos, entre otros, indicados en la misma ley.

La Ley de Infraestructura (Ley 1682 de 2013), en sus artículos 2 y 3 aporta definiciones de importancia sobre los componentes y características de la “infraestructura de transporte”, acordes con los desarrollos registrados en los últimos veinte años desde la aprobación de la Ley 105, e incorpora criterios y conceptos tales como el de un “sistema de movilidad integrado por bienes tangibles e intangibles”, y el de un “sistema inteligente, eficiente, multimodal, seguro, de acceso a todas las personas y cargas, ambientalmente sostenible, y adaptado al cambio climático”.

Por su parte, los artículos 8 y 9 definieron de manera más precisa cada uno de los principios bajo los cuales se planeará y desarrollará la IT,³ así como el requerimiento de planificar los proyectos de infraestructura “con la finalidad de asegurar la intermodalidad de la infraestructura de transporte, la multimodalidad de los servicios que se prestan y la articulación e integración entre los diversos modos de transporte”.⁴ (Subrayas añadidas).

³ Estos principios son: accesibilidad, adaptación y mitigación al cambio climático, calidad del servicio, capacidad, competitividad, conectividad, eficiencia, seguridad y sostenibilidad ambiental. Ver artículo 8.

“El Gobierno Nacional reglamentará la materia dentro de los ciento veinte días calendario siguientes” a la aprobación de la Ley (artículo 9).

⁴ El Decreto 736 de abril 2014, reglamentario del artículo 9 de la Ley 1682, estableció definiciones y lineamientos para asegurar la referida intermodalidad, multimodalidad y articulación en la infraestructura, los servicios y los modos de transporte.

Ahora bien, los componentes más específicos de la infraestructura de transporte, a los que se aplica la Ley 1682 de 2013, están detallados en su artículo 4 y comprenden, en resumen:⁵

1. La *infraestructura vial de transporte terrestre* automotor.
2. Los *puentes* construidos sobre los accesos viales en zonas de frontera.
3. Los *viaductos, túneles, puentes y accesos* de las vías terrestres y a terminales portuarios y aeroportuarios.
4. Los *ríos, mares, canales de aguas navegables y los demás bienes de uso público asociados a estos*, así como los elementos de señalización para la facilitación y seguridad del transporte marítimo y fluvial y sistemas de apoyo y control de tráfico.
5. Los *puertos marítimos y fluviales* y sus vías y canales de acceso, y la infraestructura portuaria, marítima y fluvial.
6. Las *líneas férreas y la infraestructura* para el control del tránsito, las estaciones férreas, la señalización y sus zonas de exclusión o fajas de retiro obligatorio.
7. La *infraestructura logística especializada* que contempla los nodos de abastecimiento mayorista, centros de transporte terrestre, áreas logísticas de distribución, centros de carga aérea, zonas de actividades logísticas portuarias, puertos secos y zonas logísticas multimodales.
8. La *infraestructura aeronáutica y aeroportuaria* destinada a facilitar y hacer posible la navegación aérea.
9. Los sistemas de *transporte por cable*.
10. La *infraestructura urbana* que soporta sistemas de transporte público, sistemas integrados de transporte masivo, sistemas estratégicos de transporte público y sistemas integrados de transporte público; el espacio público.
11. Las redes de *sistemas inteligentes de transporte*.

Con el fin de precisar, aún más, qué debe entenderse por infraestructura de transporte terrestre, aeronáutica, aeroportuaria y acuática, el artículo 12 de la Ley 1682 estableció un conjunto de más de veinte definiciones, entre otras, las referentes a construcción; costos de traslado y reubicación de redes y activos; estudios de ingeniería en sus fases de prefactibilidad, factibilidad y diseños definitivos; modos de transporte terrestre, aéreo y acuático; rehabilitación; y servicios conexos al transporte. Aclaró, en todo caso, que prevalecerán las definiciones contenidas en reglamentos técnicos internacionales que deban ser observados por las autoridades colombianas.

⁵ La Ley 1682 señala, en relación con estos componentes, que no pretende modificar las competencias, usos, propiedad o destinación adicionales que el legislador haya previsto respecto a estos bienes que integran la infraestructura del transporte.

III. LA PLANEACIÓN, ESTRUCTURACIÓN JURÍDICA Y CUMPLIMIENTO DE LOS CONTRATOS DE INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE

La Ley de Infraestructura determinó diversas exigencias desde la etapa de planeación y estructuración de los proyectos de infraestructura de transporte para mejorar la calidad, la eficiencia y la coordinación institucional sobre estos, hasta las etapas de ejecución y cumplimiento de los respectivos contratos, como se resume a continuación.

A. Exigencias correspondientes a la etapa de estructuración de proyectos de infraestructura de transporte

Las entidades públicas y las personas responsables de la planeación de los proyectos de infraestructura de transporte deberán, de acuerdo con el artículo 7, identificar y analizar integralmente durante la etapa de estructuración la existencia en el área de influencia de dichos proyectos, de los siguientes aspectos, entre otros:

- i. Redes y activos de servicios públicos, activos e infraestructura de la industria del petróleo, e infraestructura de tecnologías de la información y las comunicaciones;
- ii. Patrimonio urbano, arquitectónico, cultural y arqueológico;
- iii. Recursos, bienes o áreas objeto de autorización, permiso o licencia ambiental o en pro-

ceso de declaratoria de reserva, exclusión o áreas protegidas;

- iv. Inmuebles sobre los cuales recaigan medidas de protección al patrimonio de la población desplazada y/o restitución de tierras, conforme a lo previsto en las leyes 387 de 1997 y 1448 de 2011, y demás disposiciones que las modifiquen, adicionen o complementen;
- v. Comunidades étnicas establecidas;
- vi. Títulos mineros en procesos de adjudicación, otorgados, existentes y en explotación;
- vii. Diagnóstico predial o análisis de predios objeto de adquisición.

Para tales efectos, dichas entidades o personas tienen la obligación de solicitar información a las autoridades, entidades o empresas que tengan a su cargo estas actividades o servicios, la que deberá ser suministrada en un plazo máximo de treinta días calendario después de radicada su solicitud.

Reunida esta información, y consultados los sistemas o bases de información vigentes al momento de la estructuración,⁶ el responsable de la estructuración de un proyecto de IT deberá analizarla integralmente, con el objetivo de establecer el mejor costo-beneficio para el proyecto en función de los aspectos, programas, planes y proyectos que lo impacten. Y le corres-

⁶ Bases de información tales como el Sistema Integral de Información de Carreteras (SINC) y el Sistema de la Infraestructura Colombiana de Datos Especiales, entre otros.

ponde al estructurador mantener un diálogo permanente con los actores e interesados en la búsqueda de garantizar el interés general. Considerando que podrían presentarse superposiciones o conflictos entre proyectos de inversión de diversos sectores o en relación con los diferentes aspectos mencionados, la Ley le otorga a la Comisión Intersectorial de Infraestructura la facultad de decidir cómo debe procederse para su solución.

B. Coordinación con las entidades territoriales en el desarrollo de proyectos de infraestructura de transporte

La Ley 1682 de 2013 no regula competencias en infraestructura de transporte entre entidades descentralizadas y la Nación. Sin embargo, aporta elementos para establecer una mejor coordinación en la implementación de los proyectos de π de utilidad pública e interés social, particularmente de aquellos que requieran intervenciones urbanas o rurales en vías de la red secundaria o terciaria para su desarrollo. En esta materia, el artículo 10 establece que se suscribirán convenios de colaboración y coordinación con las autoridades territoriales correspondientes, en los que se establezcan las responsabilidades de cada una de las partes en la ejecución de las actividades del proyecto.

En tales casos, de no llegarse a un acuerdo en un término de noventa (90) días, la entidad responsable del proyecto a cargo de la Nación continuará con el proyecto de infraestructura de transporte, entregando a la entidad territorial

un documento que dé cuenta de la revisión de la viabilidad del proyecto de la Nación, su conformidad con el Plan de Desarrollo Territorial y las acciones de mitigación de impactos sobre el territorio a intervenir.

Igualmente, en el artículo 68 de la Ley se regula la posibilidad que los municipios y distritos provean de infraestructura adicional o complementaria de todo tipo o alumbrado público a aquellos corredores viales nacionales o departamentales que se encuentren dentro de su perímetro urbano y rural aunque no estén a su cargo, para garantizar la seguridad y mejorar el nivel de servicio a la población en el uso de la infraestructura de transporte, previa autorización de la entidad titular del respectivo corredor vial.

Como herramienta adicional de articulación Nación-regiones, la Ley 1682 (artículo 69) abre otro espacio de coordinación una vez el Ministerio de Transporte establezca los denominados “corredores logísticos de importancia estratégica para el país”. En este caso, dicho Ministerio convocará a los municipios comprendidos en el respectivo corredor para expedir, de ser necesario, de manera conjunta y coordinada la reglamentación relativa al flujo de carga.

C. Gestión contractual y prevención de conflictos en la ejecución de proyectos de infraestructura de transporte

El Título III de la Ley 1682 sobre normas especiales de contratación contiene instrumentos para dar transparencia en los procesos de selección; diversas pautas sobre cómo se pueden ejecu-

tar eficientemente los contratos; y reglas para prevenir conflictos mediante terminaciones anticipadas en la ejecución de estos. Algunas de estas disposiciones se resumen a continuación.

1. Reglas para la apertura de procesos de selección contractual

Para el desarrollo de proyectos de IT, y en beneficio de una mejor estructuración técnica de estos, se establece que las entidades deberán abrir los procesos de selección si cuentan con estudios de ingeniería en “etapa de factibilidad como mínimo”, sin perjuicio de los estudios jurídicos, ambientales y financieros con que debe contar la entidad (artículo 16), salvo cuando, excepcionalmente, la entidad pública requiera contratar la elaboración de estudios y diseños, construcción, rehabilitación, mejoramiento y/o mantenimiento que se contemplen de manera integral, o cuando se trate de la revisión y verificación previas de proyectos de asociación pública privada, de iniciativa privada, previstas en la Ley 1508 de 2012, pudiéndose en este último caso iniciarse el trámite con estudios y diseños en “etapa de prefactibilidad”.

2. Reglas que desarrollan el concepto de “unidades funcionales” que permiten una segmentación en la ejecución de los contratos

El artículo 71 de la Ley desarrolló el concepto de “unidades funcionales” en la ejecución de los proyectos de inversión en infraestructura de transporte, materia que fue contemplada en el nuevo modelo de contrato de concesión de la

Agencia Nacional de Infraestructura (ANI). Al respecto, el gobierno quedó en obligación de reglamentar la forma en que podrían establecerse, en proyectos de asociación público privada (APP), unidades funcionales de tramos de túneles, en virtud de las cuales se predicará únicamente disponibilidad parcial y estándar de calidad para efectos de la retribución. El reglamento fue adoptado a través del Decreto 1026 de 2014, que precisó qué se entiende por dichas unidades funcionales, y determinó las condiciones que generarían el derecho del contratista a ser retribuido, dentro de un proyecto de APP.

3. Reglas para incrementar los frentes de trabajo en los proyectos

Para imprimir mayor eficacia a la ejecución de proyectos de infraestructura de transporte, el artículo 17 de la Ley 1682 determina que los contratistas podrán solicitar al ente contratante autorización para incrementar los frentes de trabajo o realizar trabajos en tres turnos diarios (24 horas), siete días a la semana, para cumplir con sus cronogramas de obra, en caso de presentar atrasos o para incrementar los rendimientos y adelantar la ejecución del proyecto. Y para las nuevas estructuraciones de proyectos de infraestructura de transporte, que se inicien a partir de la entrada en vigencia de la Ley, se hace obligatorio que las entidades estatales y privadas planeen el desarrollo de las obras, con jornadas de trabajo de tres turnos diarios (24 horas), siete días a la semana.

4. Reglas sobre pago de prestaciones por terminaciones anticipadas de los contratos

El artículo 13 determina que los contratos que en adelante desarrollen proyectos de infraestructura de transporte, incluirán una cláusula en la cual se establezca la fórmula matemática que determine las eventuales prestaciones recíprocas en caso de terminarse anticipadamente por un acuerdo entre las partes o por decisión unilateral. Al respecto, la entidad pública contratante garantizará el equilibrio económico del contrato en cualquiera de las etapas de su ejecución y “podrá proponer, si así lo considera, de acuerdo con la ley vigente, el pago anticipado de la recuperación de la inversión en la etapa de operación”, de conformidad con la fórmula descrita en el contrato.⁷

En cuanto a las indemnizaciones o pagos a que haya lugar, la Ley abre diferentes posibilidades, ya que podrán ser determinadas de común acuerdo entre las partes, o haciendo uso de la amigable composición, o de un tribunal arbitral, o de cualquier otro mecanismo alternativo de solución de conflictos. De otra parte, la terminación anticipada implicará la subrogación de la entidad pública responsable en los derechos y obligaciones del titular de la licencia, los

permisos o autorizaciones ambientales, títulos mineros y en general otra clase de permisos o autorizaciones obtenidos para la ejecución del proyecto de infraestructura de transporte.

5. Reglas para determinar la capacidad residual de contratación

La denominada “capacidad residual” es la aptitud de un contratista para cumplir oportuna y cabalmente con el objeto de un contrato de obra, sin que sus otros compromisos contractuales afecten su habilidad de responder con el contrato objeto del proceso de contratación (Colombia Compra Eficiente, 2013). El artículo 72 de la Ley 1682 definió parámetros para determinar la capacidad de un contratista, con base en factores como experiencia, capacidad financiera, técnica y de organización. Y para evaluar la capacidad residual de contratación cuando se realicen contratos de obra pública, especificó que se obtendría de sustraer de la capacidad de contratación, el saldo del valor de los contratos en ejecución.

En esta materia el gobierno nacional, acudiendo al concepto técnico de la Sociedad Colombiana de Ingenieros, adoptó el Decreto Reglamentario 791 de 2014 con el fin de precisar los documentos que deben presentar los interesados en celebrar contratos de obra pública con entidades estatales para acreditar su capacidad residual de contratación.

⁷ Para los contratos celebrados con anterioridad a la sanción de la Ley 1682, que estén en etapa de operación, el artículo 13 de la Ley 1682 señala que la entidad pública contratante podrá proponer fórmulas que aceleren la recuperación de la inversión, garantizando al contratista el pago de las prestaciones a que tiene derecho, posibilitando de común acuerdo la terminación anticipada del contrato, la cual deberá ser fundamentada en los motivos previstos en el Estatuto General de Contratación Estatal, siempre y cuando se requiera para ejecutar una obra de interés público o por motivos de utilidad e interés general.

6. Reglas sobre intervenciones de emergencia del Estado en la infraestructura de los contratistas

La Ley de Infraestructura regula la posibilidad de que las autoridades públicas y quienes pres-ten un servicio de transporte público, en caso de emergencia, desastre o calamidad pública, alteración del orden público o por razones de seguridad vial, utilicen la infraestructura de propiedad privada destinada al transporte, tales como vías carreteras o férreas, aeródromos y puertos marítimos o fluviales, así como los elementos, equipos y maquinaria privados asociados a esta. Por los mismos motivos, los equipos y maquinaria deberán ser puestos “a disposición de la respectiva autoridad de Policía y la Unidad Nacional de Gestión del Riesgo de Desastre o quien haga sus veces, con el fin de conjurar la situación y restablecer el orden y la seguridad nacional”.

En cuanto a los reconocimientos económicos que deban efectuarse en favor de los privados por la utilización de la infraestructura, equipos o maquinaria, estos serán determinados a precios del mercado de común acuerdo, o por un tercero designado por las partes, con posterioridad a la superación del estado de emergencia, desastre o calamidad pública o alteración del orden público.

D. Permisos para el desarrollo de proyectos de infraestructura por cuenta y riesgo de los solicitantes

Sin perjuicio de lo previsto en la Ley 1508 de 2012 sobre régimen jurídico de las APP, de conformidad con el artículo 15 de la Ley 1682, “cualquier interesado podrá solicitar a la autoridad competente, permiso para el desarrollo por su cuenta y riesgo de proyectos de infraestructura de transporte de su interés”. Le corresponde a la entidad competente analizar la conveniencia técnica, legal y financiera del proyecto y podrá otorgar el permiso si considera que está acorde con los planes, programas y proyectos del sector, y si el mismo cuenta con los conceptos técnicos y las autorizaciones legales pertinentes. A este respecto, se establecen las siguientes condiciones:

- i. El proyecto deberá desarrollarse bajo los estándares y normas técnicas del modo correspondiente y deberá garantizar su conectividad con la infraestructura existente.
- ii. Todos los bienes y servicios que se deriven del desarrollo del proyecto serán de propiedad, uso, explotación y administración de la Nación o entidad territorial según corresponda.
- iii. En ningún caso, la autorización o permiso otorgado constituirá un contrato con el particular, ni la entidad estará obligada a reconocer o pagar el valor de la inversión o cualquier otro gasto o costo asociado al proyecto. Tampoco podrá entenderse que el particular obtiene derecho exclusivo o preferente sobre la

propiedad, uso, usufructo, explotación o libre disposición y enajenación del bien o servicio del proyecto de infraestructura de transporte. Estos derechos los tendrá en igualdad de condiciones con los demás ciudadanos.

El Gobierno Nacional recibió el mandato de reglamentar las condiciones que deben cumplir las entidades nacionales territoriales para el otorgamiento de estos permisos, así como lo concerniente a la conectividad entre el proyecto de infraestructura de transporte de interés privado y la red vial, a fin de evitar que aquellos proyectos generen perjuicios al interés general. El Decreto 942 de 2014 reglamentó la materia precisando cómo se otorgarán estos permisos a particulares, para desarrollar proyectos correspondientes a los modos terrestre (infraestructura carretera, férrea y por cable) y aéreo (infraestructura aeronáutica y aeroportuaria), que tengan vocación de conectividad permanente con la red vial de transporte.

E. Disposiciones sobre responsabilidad y solución de controversias

1. Régimen de responsabilidad en proyectos de APP

La Ley de Infraestructura regula lo referente a la responsabilidad de las personas jurídicas que ejecuten proyectos de infraestructura bajo la modalidad de APP. En este caso, el artículo 18 determina que su régimen de responsabilidad será el que se establezca en las leyes civiles y comerciales de acuerdo con la empresa que se conforme.

2. Reglas de solución de controversias de contratos estatales

Para la solución de controversias surgidas por causa o con ocasión de la “celebración, desarrollo, ejecución, interpretación, terminación y liquidación de contratos estatales”, las partes podrán incluir cláusulas compromisorias, debiendo siempre observar lo previsto en la Ley 1563 de 2012, o Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional, y demás disposiciones que la adicionen, modifiquen, sustituyan o reglamenten, en especial, las normas que regulen el uso de mecanismos alternativos de solución de controversias (MASC) para las entidades públicas.

Específicamente, el artículo 14 de la Ley 1682 señala que se aplicarán, entre otras, las siguientes reglas generales en la utilización de los MASC:

- i. Las partes podrán acordar el ámbito financiero, técnico o jurídico que quedará sujeto a los MASC a utilizar (árbitros y/o amigables compondores), y las decisiones se emitirán en derecho. Se seguirán las reglas de nombramiento de la Ley 1563 de 2012.
- ii. El ejercicio de los MASC no suspenderá de manera automática el ejercicio de las facultades ajenas al derecho común de que gocen las entidades contratantes, salvo cuando median las medidas cautelares indicadas en la Ley 1682.
- iii. Árbitros y amigables compondores no podrán pronunciarse sobre la legalidad de actos administrativos expedidos con facultades excepcionales.

iv. Las entidades objeto de la Ley de Infraestructura deberán limitar en las cláusulas compromisorias los honorarios de los árbitros o de los amigables componedores, y las entidades públicas incluirán en sus presupuestos los costos y gastos que demanden el uso de tales mecanismos.

En el capítulo XV del modelo de contrato de la ANI para proyectos de “Contrato de concesión bajo el esquema de APP”, conocidos como de “Cuarta Generación de Concesiones Viales (4G)” se aprecian más claramente los alcances de la utilización de estos mecanismos de solución de controversias, en aplicación de lo previsto en el artículo 14 de la Ley 1682 de 2013.

En dicho modelo se advierte que el “amigable componedor” es un mecanismo “obligatorio” para la solución de diferencias en aquellas materias expresamente previstas en el contrato que requerirían de su intervención.⁸ Sin embargo, el concesionario, dentro de los cinco días hábiles siguientes a la suscripción del contrato, podrá manifestar que no acepta el amigable componedor como mecanismo obligatorio de solución de controversias, en cuyo caso todas las controversias del contrato serán de competencia del tribunal de arbitramento.

El amigable componedor en estos contratos de APP estará compuesto por tres (3) personas naturales seleccionadas de conformidad con el procedimiento señalado en el referido capítulo

XV del contrato, dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes a la fecha de suscripción del contrato, profesionales que serán remunerados según las reglas allí determinadas. Cada una de las partes seleccionará un miembro del amigable componedor y estas seleccionarán al tercero, quienes ejercerán las funciones previstas en este contrato por la totalidad de su plazo.

Los amigables componedores deberán ser ingenieros civiles, economistas, administradores de empresas, ingenieros industriales, abogados o de profesiones afines a las anteriores, con amplia trayectoria en contratos de concesión pública y de grandes proyectos de infraestructura, así como según la especial naturaleza de las obligaciones y el objeto del presente contrato. En todo caso, por lo menos uno de los amigables componedores deberá ser un abogado, quién deberá ser experto en derecho de concesiones del Estado y de grandes proyectos de infraestructura.

El procedimiento para la amigable composición de una determinada controversia se regula en el contrato, incluyendo pautas sobre la presentación y la contestación de una solicitud de intervención de los amigables componedores, el período de prueba, y término para la adopción de la decisión y su fuerza vinculante. A este respecto se determina que “las decisiones adoptadas por el amigable componedor, como resultado del procedimiento de la amigable composición, tendrán fuerza vinculante para las Partes y tendrán efectos transaccionales de acuerdo con la Ley Aplicable”.

⁸ Se trata de 34 asuntos para los cuales los amigables componedores podrían intervenir en caso de diferencias. Ello sin perjuicio de que cualquier otra controversia pueda ser sometida a este mecanismo de solución, previo acuerdo entre las partes.

En lo que respecta a la utilización del arbitraje, el contrato modelo de la ANI señala que cualquier divergencia entre las partes (excepto las relacionadas con las cláusulas excepcionales al derecho común), que no deba ser conocida por el amigable componedor, así como las controversias sobre la validez de las decisiones del amigable componedor, serán dirimidas por un tribunal de arbitramento nacional de conformidad con la Ley 1563 de 2012 y otras reglas especiales enunciadas en el contrato. En lo relacionado con las decisiones que previamente haya adoptado el amigable componedor, el tribunal de arbitramento solo tendrá competencia para decidir sobre la nulidad de la decisión. El tribunal estará compuesto por tres (3) árbitros los cuales serán designados de común acuerdo por las partes.

Al igual que en el caso del amigable componedor, el contrato de la ANI establece la posibilidad que algunos centros de conciliación allí mencionados puedan cumplir funciones en materia de sorteos y recusaciones y escogencias de los árbitros, así como servir de sede del arbitramento.

Finalmente, cabe destacar que dentro de los mecanismos alternativos de solución de controversias, el contrato modelo abre la posibilidad del arbitraje internacional, de conformidad con la Ley 1563 de 2012, cuando exista participación de capital o experiencia extranjera al momento de presentar la oferta por el concesionario, con referencia a la afectación del comercio internacional que pueda presentarse con ocasión de la celebración, ejecución o liquidación de contrato, en asuntos que deban ser dirimidos por arbitra-

mento. En este caso, el arbitraje internacional será administrado por el Centro Internacional para la Resolución de Disputas (*International Centre for Dispute Resolution* de la *American Arbitration Association*), de conformidad con su Reglamento de Arbitraje Internacional, así como bajo otras normas que establece el contrato.

IV. REGULACIÓN DE OBSTÁCULOS A PROYECTOS DE INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE EN MATERIA DE COMPRA DE INMUEBLES, LICENCIAS AMBIENTALES, REDES DE SERVICIOS Y DE HIDROCARBUROS, Y PERMISOS MINEROS

A. Procedimientos relacionados con la expropiación y adquisición de inmuebles para proyectos de infraestructura

La Ley 1682, en sus artículos 19 a 32, busca aportar soluciones para hacer más efectiva la gestión y adquisición de inmuebles por parte del Estado para proyectos de infraestructura de transporte, con respeto a los derechos de los propietarios en las instancias administrativas o judiciales que correspondan. Para este efecto señala que los proyectos de IT, así como el desarrollo de las actividades relacionadas con su construcción, mantenimiento, rehabilitación o mejora, corresponden a un “motivo de utilidad pública”, “quedando autorizada la expropiación administrativa o judicial de los bienes e inmuebles urbanos y rurales que se requieran para tal fin, de conformidad con el artículo 58 de la Constitución Política” (artículo 19).

La adquisición predial se establece como responsabilidad del Estado, y para ello la Ley de Infraestructura establece que la entidad pública responsable del proyecto podrá adelantar la expropiación administrativa con fundamento en el motivo definido en el artículo 19 de la Ley 1682, siguiendo para el efecto los procedimientos previstos en las leyes 9 de 1989 y 388 de 1997, o la expropiación judicial con fundamento en el mismo motivo, de conformidad con lo previsto en las leyes 9 de 1989, 388 de 1997 y 1564 de 2012.

En todos los casos de expropiación, incluyendo los procesos de adquisición predial en curso, se establece que deben aplicarse las reglas especiales previstas en la Ley 1682 y debe garantizarse el debido proceso y el derecho de contradicción en la adquisición de predios. Si se tratara de la adquisición de predios de propiedad privada o pública para establecer puertos, esta deberá adelantarse conforme a las reglas especiales de la Ley 1ª de 1991 (artículo 20 Ley 1682).

En lo referente a la ejecutoriedad del acto expropiatorio, el correspondiente acto administrativo que declara la expropiación administrativa del inmueble u ordena el inicio de los trámites para la expropiación judicial, será de aplicación inmediata y gozará de fuerza ejecutoria y ejecutiva (artículo 31 Ley 1682).

La Ley de Infraestructura precisa en su artículo 21 que la adquisición de inmuebles, por los motivos de utilidad pública e interés social consagrados en las leyes, gozará en favor de

la entidad pública del saneamiento automático de cualquier vicio relativo a su titulación y tradición, incluso los que surjan con posterioridad al proceso de adquisición, sin perjuicio de las acciones indemnizatorias que por cualquier causa puedan dirigirse contra los titulares inscritos en el respectivo folio de matrícula inmobiliaria, diferentes a la entidad pública adquirente. El “saneamiento automático” será invocado por la entidad adquirente en el título de tradición del dominio y será objeto de registro en el folio de matrícula correspondiente.⁹

El Decreto 737 de 2014 reglamentó el referido artículo 21 en lo referente a los requisitos de competencia de la entidad pública, la procedencia, las reglas de oponibilidad, los estudios previos y la declaratoria del saneamiento automático de aquellos bienes que por utilidad pública e interés social se requieran para proyectos de IT, con o sin el antecedente registral.

Si en el proceso de adquisición de predios requeridos para proyectos de infraestructura de transporte existiera acuerdo de negociación entre la entidad estatal y el titular inscrito, la entidad estatal, con cargo al valor del negocio, podrá descontar la suma que se adeuda por concepto de gravámenes, limitaciones, afectaciones y medidas cautelares y pagar directamente dicho valor al acreedor o hacerlo mediante depósito, en caso de cursar procesos ejecutivos u ordina-

9 En todo caso, de acuerdo con el artículo 21 de la Ley 1682 de 2013, ningún saneamiento automático implicará el levantamiento de servidumbres de utilidad pública frente a redes y activos, ni el desconocimiento de los derechos inmobiliarios que hayan sido previamente adquiridos para el establecimiento de la infraestructura de servicios públicos domiciliarios y actividades complementarias, tecnologías de la información y las comunicaciones y la industria del petróleo.

rios en los que se haya ordenado el respectivo gravamen (art. 22 Ley 1682).

Los avalúos comerciales para la adquisición o expropiación de los inmuebles para proyectos de infraestructura de transporte le corresponderán al Instituto Geográfico Agustín Codazzi (IGAC), o la autoridad catastral correspondiente, o las personas naturales o jurídicas de carácter privado registradas y autorizadas por las lonjas de propiedad raíz (art. 23 Ley 1682). Al respecto, la Ley 1682 introduce una serie de reglas aplicables a la revisión e impugnación de avalúos. Cabe anotar que cuando el avalúo comercial de los inmuebles requeridos para la ejecución de proyectos de infraestructura de transporte supere en un 50% el valor del avalúo catastral, el avalúo comercial podrá ser utilizado como criterio para actualizar el avalúo catastral de los inmuebles que fueren desenglobados como consecuencia del proceso de enajenación voluntaria o expropiación judicial o administrativa (art. 34).

Al entrar a la etapa de oferta de compra, esta deberá ser notificada únicamente al titular de derechos reales que figure registrado o al respectivo poseedor regular inscrito. Notificada la oferta de compra de los inmuebles sobre los que recaiga la declaratoria de utilidad pública e interés social, los mismos no podrán ser objeto de ninguna limitación al dominio (art. 25).

La Ley 1682 abre, por otra parte, la posibilidad que mediante documento escrito suscrito por la entidad y el titular inscrito en el folio de matrícula, se pueda pactar un permiso de intervención

voluntario del inmueble objeto de adquisición o expropiación. Este permiso será irrevocable una vez se pacte y, con base en este, la entidad deberá iniciar el proyecto de infraestructura de transporte (art. 27).

Es destacable que en aras de facilitar la disponibilidad de los inmuebles, la Ley de Infraestructura reguló la figura de la “entrega anticipada por orden judicial”. A este respecto, el artículo 28 estableció:

los jueces deberán ordenar la entrega de los bienes inmuebles declarados de utilidad pública para proyectos de infraestructura de transporte, en un término perentorio e improrrogable de treinta (30) días calendario, contados a partir de la solicitud de la entidad demandante, en los términos del artículo 399 de la Ley 1564 de 2012 Código General del Proceso o la norma que lo modifique o sustituya.

Si los bienes hubieren sido objeto de embargo, gravamen hipotecario o demandas registradas, para efectos de ordenar la entrega anticipada, no serán oponibles estas limitaciones.

Finalmente, durante la etapa de construcción de los proyectos de infraestructura de transporte y con el fin de facilitar su ejecución, la Nación a través de los jefes de las entidades de dicho orden, y las entidades territoriales a través de los gobernadores y alcaldes, según la infraestructura a su cargo, tienen facultades para la imposición de servidumbres, mediante acto administrativo (art. 39 Ley 1682. Esta materia fue reglamentada por el Decreto 738 de 2014 que precisa dicha imposición mediante el ago-

tamiento previo de la negociación directa o su imposición por vía administrativa, señalando los términos y las características que debe reunir el acto administrativo por medio del cual se imponga la servidumbre.

B. Regulaciones referentes a la expedición de licencias ambientales

El capítulo III de la Ley 1682 de 2013 (artículos 39 a 45) contiene disposiciones que obligan a la autoridad ambiental a fijar reglas más claras y unificadas para los proyectos de infraestructura de transporte, a través de exigencias, tales como:

- i. la expedición de unos términos de referencia para los proyectos de infraestructura de transporte, que contribuyen a eliminar la subjetividad de dicha autoridad;
- ii. la determinación que los proyectos de mantenimiento, rehabilitación y mejoramiento no requieren de permisos, autorizaciones ni licencias ambientales, buscando con ello darle agilidad a los proyectos de infraestructura que no generan impacto ambiental; y
- iii. el establecimiento de procedimientos expeditos, que buscan darle agilidad a la obtención del pronunciamiento de la autoridad ambiental en diversos procesos, entre otros, los relacionados con inclusión de nuevas fuentes de materiales, obras de emergencia y cambios menores en estas.

En primera instancia, la Ley exige que todos los proyectos de infraestructura de transporte de-

berán incluir la variable ambiental, en sus diferentes fases de: estudios de ingeniería, prefactibilidad, factibilidad y estudios definitivos, con miras a aplicar dicha variable en su ejecución.¹⁰ Culminados los estudios de factibilidad, la entidad o el contratista, si ya fue adjudicado el proyecto de infraestructura de transporte, están obligados a adelantar con carácter de insumo y como requisito indispensable para gestionar y obtener la licencia ambiental, el “Estudio de Impacto Ambiental”. El proceso de licenciamiento ambiental podrá iniciarse una vez se cuente con los respectivos estudios de factibilidad y de impacto ambiental, que le permitirán a la autoridad ambiental evaluar y adoptar la decisión que corresponda (art. 39 Ley 1682).

Es importante desatacar que, a partir del tercer año de haber sido promulgada la Ley 1682 de 2013, como requisito previo a la apertura de los procesos de selección para la construcción de proyectos de infraestructura de transporte, “la entidad pública estará obligada a contar con la viabilidad de una alternativa del proyecto aprobada por parte de la autoridad ambiental, con base en estudios de prefactibilidad, haber culminado los Estudios de Factibilidad y haber concluido el proceso de consulta previa con la respectiva comunidad hasta su protocolización, si procede la misma” (art. 39 Ley 1682). Estas tres exigencias a las autoridades sin duda facilitarán y agilizarán el desarrollo de los proyectos.

¹⁰ Para el efecto, el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, en coordinación con la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales, expedirá los términos de referencia integrales, manuales y guías para proyectos de infraestructura de transporte, en un término máximo de sesenta (60) días calendario, a partir de la promulgación de la Ley 1682 (art. 39 Ley 1682 de 2013).

En cuanto a las personas que pueden adelantar la gestión de obtención de la licencia ambiental con fundamento en los referidos estudios, estas podrán ser la entidad pública, el concesionario o el contratista. Se precisa que la responsabilidad de gestión y obtención de la licencia ambiental deberá pactarse en el respectivo contrato. También, es deber del Ministerio del Interior liderar y acompañar de manera permanente el proceso de consulta previa con las comunidades étnicas, cuando sea requerido para la obtención de la licencia ambiental del proyecto de infraestructura de transporte, y la entidad contratante será responsable de los compromisos que se adquieran con las comunidades.

Para las situaciones en que se requieran cambios menores en las licencias ambientales de actividades de infraestructura de transporte licenciadas que no impliquen nuevos impactos ambientales, dichas obras podrán ejecutarse, previo aviso a la autoridad ambiental, sin que esta deba pronunciarse, y evitando tener que adelantar el trámite de modificación de la licencia o autorización ambiental. Con el fin de precisar el alcance de las actividades consideradas como “modificaciones menores o de ajuste normal” a los proyectos, el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible emitió el Decreto 770 de 2014, reglamentario del artículo 41 de la Ley de Infraestructura, que contiene el listado de tales actividades, correspondientes a proyectos de IT en todos sus modos, que requieran licencia ambiental o plan de manejo ambiental, las que no deberán tramitar la licencia o el plan de manejo, según se enuncia para cada modo en el referido Decreto.

Cuando durante la ejecución de un proyecto de infraestructura de transporte se identifiquen y se requieran nuevas fuentes de materiales, se regula la posibilidad que el responsable contractual adelante ante la autoridad ambiental una solicitud de modificación de la licencia ambiental, exclusivamente para la inclusión de nuevas fuentes de materiales, en un trámite que no podrá exceder de 30 días (art. 42 Ley 1682).¹¹

Otro procedimiento de alcance ambiental que la Ley de Infraestructura estableció, corresponde a situaciones en que el Gobierno Nacional haya declarado la existencia de una emergencia que afecte gravemente un proyecto de infraestructura de transporte. En estos casos, la entidad competente procederá a solicitar a la autoridad ambiental competente el pronunciamiento sobre la necesidad o no de obtener licencia, permisos o autorizaciones ambientales.

Finalmente, el artículo 44 deja en claro que los siguientes proyectos de infraestructura de transporte no requerirán licencia ambiental:

- i. Proyectos de mantenimiento;
- ii. Proyectos de rehabilitación, y
- iii. Proyectos de mejoramiento.

Para el debido cumplimiento de esta disposición, el Gobierno Nacional reglamentó la materia a través del Decreto 769 de 2014, que

¹¹ Para este efecto, el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible quedó en obligación de expedir los correspondientes términos de referencia, dentro de los sesenta (60) días calendario siguientes a la expedición de la Ley 1682 de 2013.

estableció un listado de las actividades de mejoramiento para los modos terrestre-carretero, terrestre-férreo, acuático-fluvial y acuático de infraestructura portuaria, y aéreo. Estas se refieren a las áreas o tramos de proyectos que, de acuerdo con la normativa vigente, no están sujetos a las reglas sobre licenciamiento ambiental.

C. Aspectos relacionados con la instalación y traslado de redes de servicios públicos e hidrocarburos

Los procedimientos relacionados con las redes de servicios públicos, de telecomunicaciones y de transporte de hidrocarburos, quedaron establecidos en el capítulo III, artículos 46 a 55 de la Ley 1682 de 2013, llenando, de esta manera, un vacío en la normatividad que regula su traslado, en cuanto se refiere a la responsabilidad y asunción de los costos correspondientes. Con estas disposiciones se sientan bases para una mejor planeación y ejecución de los proyectos de π y se busca dar aplicación al principio de coordinación entre las diferentes entidades.

Más específicamente, el capítulo III es aplicable, según el artículo 46, a:

i. La protección, traslado o reubicación de redes y activos de servicios públicos, de tecnologías de la información y las comunicaciones y de la industria del petróleo instaladas en predios requeridos para el desarrollo de proyectos de infraestructura de transporte y en las fajas de retiro obligatorio, inclusive con anterioridad a la vigencia de la Ley 1228 de 2008.

- ii. El otorgamiento de permisos de instalación de nuevas redes de manera coordinada con los trazados y proyecciones de los proyectos de infraestructura de transporte, las cuales en ningún caso podrán ser oponibles para las expansiones futuras; y
- iii. Los casos de redes que se encuentren instaladas previamente sobre nuevos trazados de proyectos de infraestructura de transporte.

A este respecto, se contemplan las siguientes instancias bajo la responsabilidad de las entidades públicas o personas de derecho privado a cargo de formular y ejecutar proyectos de infraestructura de transporte:

- i. Analizar, en cada caso, la presencia de acuerdos existentes en materia de redes y activos de servicios públicos, de la industria del petróleo o de tecnologías de la información y de las comunicaciones y la pertinencia de proteger, trasladar o reubicar dichas redes.
- ii. Proceder a aplicar los acuerdos existentes, o a celebrar nuevos acuerdos o convenios.
- iii. En caso de no lograr ningún acuerdo, adelantar el procedimiento indicado en la Ley para la protección, reubicación o traslado de las redes y activos.

En el escenario de no lograrse acuerdo sobre los costos y tiempo de ejecución en cuanto a afectación de redes y activos, —en un término de 45 días calendario a partir de la entrega de los diseños—, la entidad pública responsable del proyecto de infraestructura de transporte

podrá realizar la protección, el traslado o reubicación de las redes o activos bajo su propia cuenta, de conformidad con la normatividad técnica vigente, y deberá garantizar que el activo a proteger, trasladar o reubicar cumpla con las mismas condiciones técnicas que el activo o red original, de conformidad con la información suministrada por el operador o prestador (art. 48 Ley 1682¹²).

Para iniciar la ejecución de las obras de protección, traslado o reubicación de las redes y activos, se requerirá en todo caso del otorgamiento de permisos, autorizaciones o licencias pertinentes así como la constitución de las servidumbres a que haya lugar, a fin de no afectar la continuidad del servicio público respectivo, los cuales deberán ser tramitados ante las autoridades competentes.

Si se trata de una persona natural o jurídica en desarrollo de un proyecto de APP que requiera esta información sobre redes o activos en la etapa de estudios de ingeniería de factibilidad, deberá elevar solicitud a la entidad pública responsable del proyecto de infraestructura de transporte, y esta se encargará de solicitar la información de manera directa al prestador y operador del servicio, en un plazo máximo de quince (15) días calendario, información que señala la Ley 1682, será recibida como confidencial y bajo reserva (art. 48).

12 "Una vez realizado el traslado o reubicación, el prestador u operador deberá disponer de las redes o activos desmantelados y la entidad pública responsable del proyecto de infraestructura de transporte o quien haga sus veces hará entrega de la red o activo trasladados o reubicados a su respectivo propietario, para lo cual se suscribirán los documentos a que haya lugar. El prestador u operador estará en la obligación de recibir la red o activo trasladado o reubicado".

En cuanto se refiere a los costos asociados a la protección, el traslado o reubicación de redes y activos, estos serán asumidos por el proyecto de infraestructura, salvo que exista permiso o acuerdo vigente entre las partes, o estén en zonas de la Ley 1228 de 2008. Esta Ley —que fue parcialmente reglamentada por el Decreto 4550 de 2009— determinó las fajas mínimas de retiro obligatorio o áreas de exclusión para las carreteras del sistema vial nacional.

Finalmente, si se trata de nuevos proyectos que inicien su estructuración a partir de la promulgación de la Ley 1682 de 2013 para la construcción, ampliación, rehabilitación y apertura de nuevos tramos de infraestructura de transporte, deberá preverse la incorporación de infraestructura para el despliegue de redes públicas de tecnologías de la información y las comunicaciones o de elementos que soporten el despliegue de dichas redes, previa solicitud del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (art. 53 Ley 1682).

D. Aspectos relacionados con los permisos mineros

La interrelación entre proyectos con permisos mineros y el desarrollo de proyectos de infraestructura de transporte ha sido fuente de conflictos y de falta de coordinación, que se pretenden superar con lo establecido en el capítulo IV, artículos 56 a 61, de la Ley 1682. Por un lado, se establecieron obligaciones a cargo de titulares mineros que adelanten obras de infraestructura y, por otro, obligaciones de las entidades que desarrollen proyectos de infraestructura de

transporte de informar a la autoridad minera sobre los trazados y ubicación de estos, para que esta establezca las restricciones necesarias en los contratos de concesión minera.

En lo referente a las obras de infraestructura de transporte realizadas por los titulares mineros, estas “deberán cumplir la función social de acceso, de carga y/o pasajeros, a los terceros que requieran utilizarla”. Esto se hará conforme con la reglamentación en materia de uso, tarifas y capacidad que para el efecto expidan las autoridades competentes. Tales obras de infraestructura, de acuerdo con el artículo 56 de la Ley 1682, revertirán gratuitamente a favor del Estado en todos los casos de terminación del contrato de concesión minera, conforme con las disposiciones del Código de Minas.

En cuanto al desarrollo de proyectos de infraestructura de transporte aprobados, sus trazados y ubicación, así como las fuentes de materiales a utilizar deberán ser puestos en conocimiento de las autoridades mineras, con el fin de que las áreas respectivas y las fuentes de materiales identificadas sean incluidas en el Catastro Minero Colombiano y, de este modo, sean declaradas como zonas de minería restringida (art. 57). El Ministerio de Transporte, de común acuerdo con el Ministerio de Minas y Energía, debe reglamentar las autorizaciones temporales para la utilización de materiales de construcción que se necesiten exclusivamente para proyectos de infraestructura de transporte (art. 58).¹³

¹³ Las autorizaciones temporales para utilizar materiales de construcción, hasta un máximo de siete años, podrán ser concedidas a entidades públicas, entidades territoriales, empresas y los contratistas que se

Si se tratara de proyectos de infraestructura de transporte que hagan parte de la red vial nacional, la autoridad minera restringirá las actividades de exploración y explotación en dichos tramos y no podrá otorgar nuevos derechos mineros que afecten el desarrollo de proyectos de π . El Ministerio del Transporte delimitará los corredores existentes o necesarios. En el evento que un proyecto de π sea declarado como de interés público, de acuerdo con el artículo 59 se seguirá el siguiente procedimiento que otorga prioridad al desarrollo de la infraestructura:

En el evento que un proyecto de infraestructura de transporte declarado de interés público, interfiera total o parcialmente con el ejercicio de los derechos otorgados previamente a un titular minero, este título no será oponible para el desarrollo del proyecto. El proyecto de infraestructura de transporte podrá ser suspendido por un término de treinta (30) días calendario, por parte de la autoridad encargada de adelantar el proyecto de infraestructura de transporte, con el fin de que se llegue a un acuerdo en el monto a reconocer para compensar el monto a que haya lugar al titular minero, por los eventuales derechos económicos de los cuales sea beneficiario y se prueben afectados, teniendo en cuenta la etapa en la que se encuentre el proyecto minero y la información que del título minero posea la autoridad minera.

En caso de que no se logre acuerdo entre el titular del proyecto de infraestructura de transporte y el titular minero, dentro del término establecido en el párrafo anterior, se reanudará

propongan adelantar la construcción, reparación, mantenimiento o mejora de una vía pública nacional, departamental o municipal, o la realización de un proyecto de infraestructura de transporte declarado de interés público.

la ejecución del proyecto de infraestructura de transporte.

En consecuencia, la autoridad encargada de adelantar el proyecto de infraestructura de transporte y la autoridad minera designarán peritos con el fin de determinar el valor a compensar al titular minero

(...)

No obstante, las partes podrán acudir a un método alternativo de solución de conflictos que determinará el valor a compensar a favor del titular minero. Las compensaciones a que haya lugar serán asumidas por el proyecto de infraestructura de transporte, para lo cual se realizarán las apropiaciones presupuestales correspondientes. (Subrayas añadidas).

E. Aspectos relacionados con el acceso a los puertos marítimos y fluviales

Finalmente, el artículo 60 de la Ley 1682 estableció un derecho de preferencia de acceso a todos los puertos marítimos y fluviales de uso público y privado existentes que cuenten con las facilidades y permisos legales requeridos para la importación y exportación de hidrocarburos de regalías, de propiedad de la ANH. Esta preferencia consiste en garantizar de manera prioritaria el acceso y uso del 20% de la capacidad portuaria instalada y otorgar un derecho de atención prioritaria para prestar servicios portuarios cuando la carga a transportar sean hidrocarburos de regalías y de propiedad de la ANH, previa solicitud por parte del Estado.¹⁴

14 "Las condiciones técnicas y de seguridad necesarias que permitan hacer uso de la infraestructura de transporte instalada para la importación y

Igualmente, para los puertos existentes de servicio privado para el manejo de hidrocarburos, se determinó que podrán prestar servicios a los agentes del sector de hidrocarburos, tengan o no vinculación jurídica o económica con la sociedad dueña de la infraestructura concesionaria.

V. FORTALECIMIENTO DE LA INSTITUCIONALIDAD Y DEL FINANCIAMIENTO DEL SECTOR DE INFRAESTRUCTURA DEL TRANSPORTE

La Ley de Infraestructura busca facilitar los procesos de planeación y regulación técnica y administrativa de los proyectos de infraestructura de transporte. Para estos efectos, se determinó, en primer lugar, que el Gobierno establecerá un esquema que contribuya a la reorganización de los trámites de los proyectos de infraestructura de transporte, mediante la estructuración de una ventanilla única o un centro de servicios especializado, en el que se adelanten todos los trámites, autorizaciones y permisos relacionados con la estructuración, planeación, contratación y ejecución de proyectos de infraestructura de transporte.¹⁵

En segundo lugar, el artículo 66 de la Ley 1682 de 2013 otorgó facultades extraordinarias al Presidente de la República por el término de

exportación de hidrocarburos de regalías y de propiedad de la ANH y las condiciones para el uso preferente de la capacidad portuaria para los hidrocarburos de regalías y de propiedad de la ANH a que se refiere el artículo 60, se determinarán por la autoridad competente".

15 Para el funcionamiento de la ventanilla única o centro de servicios especializados, el Gobierno Nacional desarrollará un sistema único de información que permita la gestión y el seguimiento de los proyectos que se adelanten (art. 62 Ley 1682).

seis meses, para crear la Unidad de Planeación del Sector Transporte encargada de planear en forma integral, indicativa, permanente y coordinada con las entidades y organismos del sector transporte, todo lo relativo a los proyectos de infraestructura del transporte a cargo de la Nación; coordinar con las entidades territoriales los proyectos de infraestructura del transporte a cargo de estas entidades; y consolidar y divulgar la información de los proyectos de infraestructura del transporte del sector. Mediante Decreto 946 de 2014 se creó y reglamentó dicha Unidad con personería jurídica, patrimonio propio, autonomía administrativa, financiera y técnica, y se adscribió al Ministerio de Transporte.¹⁶

También, se otorgaron facultades al Gobierno para crear la Comisión de Regulación de Infraestructura y Transporte, la cual fue establecida a través del Decreto 947 de 2014 como una Unidad Administrativa Especial que forma parte del sector descentralizado de la rama ejecutiva, con personería jurídica, patrimonio propio, autonomía administrativa, financiera y técnica, adscrita al Ministerio de Transporte. Su objeto se centrará en “el diseño y definición del marco de regulación económica de los servicios de transporte y de la infraestructura de transporte, cuando se presenten fallas de mercado, para fomentar la eficiencia, promover la competencia, controlar los monopolios y evitar el abuso de posición dominante” (art. 2 Decreto 947 de 2014).

¹⁶ Sus funciones técnicas de planeación, evaluación y coordinación están reguladas en el artículo 5.

Finalmente, la Ley de Infraestructura, en su artículo 70 estableció la posibilidad que, con el fin de apoyar el financiamiento que demandarán los proyectos de infraestructura de transporte, la Nación asuma obligaciones condicionales en el marco de acuerdos con accionistas de entidades financieras, públicas o mixtas, que promuevan el desarrollo y la financiación de infraestructura, tales como la Financiera de Desarrollo Nacional. Esta adquisición de obligaciones podrá implicar la compra parcial o total de la participación accionaria de los socios estratégicos.

Con este mismo propósito el Gobierno expidió el Decreto 816 de 2014 por medio el cual actualizó la regulación para financiar proyectos de infraestructura a través de las APP. Entre otros contenidos de esta disposición se destacan los siguientes:

- i. Se amplió el cupo individual de endeudamiento de los establecimientos de crédito, siempre y cuando el exceso corresponda a la financiación de proyectos de infraestructura de cuarta generación de concesiones viales (4G) bajo el esquema de APP descritas en la Ley 1508 de 2012 y en los que la ANI haga parte de la respectiva APP.
- ii. Se reconoció que los proyectos de 4G, que cumplan con los lineamientos del Conpes 3760 del 20 de agosto del 2013, cuentan con condiciones que mitigan los riesgos para el financiador.
- iii. Se amplió el límite al cupo individual de endeudamiento de la Financiera de Desarrollo

Nacional (FDN) de un 10% hasta un 40% del patrimonio técnico, siempre y cuando el exceso corresponda a financiación de proyectos de infraestructura.

- iv. Se creó una categoría específica para fomentar inversiones de largo plazo de Fondos de Capital Privado nacionales destinados a financiar de proyectos de infraestructura bajo el esquema de APP (Ley 1508 de 2012).¹⁷

VI. CONSIDERACIONES FINALES

La aprobación de la Ley 1682 de 2013 constituye, sin duda, un oportuno y favorable avance para ayudar a solucionar varios de los problemas estructurales que vienen frenando el desarrollo competitivo de proyectos de inversión en infraestructura de transporte en el país. Ayuda, en este sentido, a corregir la dispersión normativa y eliminar trámites onerosos e innecesarios, mejorar la planeación y estructuración de proyectos, y prevenir la litigiosidad; asimismo, sienta bases para construir una mejor arquitectura institucional que impulse el desarrollo de las obras de infraestructura en todos sus modos que requiere el país.

Los aportes de la Ley 1682 de 2013 deben ser evaluados en el contexto de otros desarro-

llos jurídicos que se han registrado en Colombia en años recientes, y que tienen incidencia favorable en el desarrollo de la infraestructura de transporte, entre ellos, la Ley 1450 de 2011, aprobatoria del Plan de Desarrollo; el Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012) en asuntos como la expropiación judicial y la entrega anticipada de los inmuebles; y la Ley 1508 de 2012 y sus normas reglamentarias sobre APP.

En el campo institucional, también son destacables los avances que ha significado la creación de la ANI, mediante Decreto 4165 de 2011, entidad que tiene a su cargo la infraestructura pública de transporte en todos sus modos; la Agencia Nacional de Licencias Ambientales a través del Decreto 3753 de 2011; la Comisión Intersectorial de Infraestructura, por Decreto 2306 de 2012; y la reciente modificación de la Financiera Eléctrica Nacional que pasó a convertirse en la Financiera de Desarrollo Nacional, por vía del Decreto 4174 de 2011, entidad que se ocupará de gestionar los recursos de la venta programada de Isagen, con destino exclusivo a proyectos de infraestructura. Igualmente, la reciente adopción del referido Contrato modelo de concesión de Cuarta Generación por parte de la ANI, ha proporcionado un marco actualizado y relevante para facilitar las concesiones viales.

El trámite de la Ley 1682 había generado expectativas respecto de su aprobación, dado el inicio de la construcción y mantenimiento de una red de transporte más moderna y eficiente.

En efecto, ya se ha iniciado la contratación gradual de la cuarta generación de concesiones de

¹⁷ Esta categoría tendrá un cupo de hasta 5% del Fondo de Pensiones Obligatorias moderado, de cesantías a largo plazo y de seguros de vida, y de hasta 7% para el Fondo de Pensiones obligatorias de mayor riesgo. Los Fondos de Capital privado podrán invertir en deuda emitida por un concesionario constituido para desarrollar estos proyectos de infraestructura, en forma directa o indirecta a través de un patrimonio autónomo o una universalidad. Así mismo podrán otorgar créditos y comprar cartera, siempre que en ambos casos estén destinados a la financiación de dichos proyectos.

infraestructura vial, bajo un programa estimado en \$ 47 billones de pesos, que contempla el desarrollo de 46 proyectos con cobertura en 24 departamentos, que pretenden transformar 8000 kilómetros de vías con más de 1270 en doble calzada.¹⁸ En ferrocarriles están previstos 405 kilómetros de nuevas vías y 936 para rehabilitación, en seis departamentos del país, por un valor de \$ 6.2 billones de pesos. También se tienen programados 16 nuevos puertos y obras con iniciativas privadas que significarán inversiones por \$ 1.7 billones, con cobertura en siete departamentos. En aeropuertos se tienen proyectos en etapa de precalificación por \$ 0.6 billones que comprenden cuatro aeropuertos en remodelación y ampliación, en cuatro departamentos. Todo lo anterior se traduce en inversiones estimadas en \$ 55 billones en el sector transporte para los próximos diez años, a través de APP e iniciativas privadas.¹⁹

El Ministerio de Transporte ha estimado efectos favorables de la Ley 1682 de 2013 en términos de ahorro de tiempo en tramitología. Por ejemplo, en gestión y adquisición predial, donde los trámites suelen tomar cerca de cuatro años incluyendo la expropiación, estos podrían verse reducidos entre seis y ocho meses en la etapa de identificación de predios y avalúos; en cuatro meses en la enajenación voluntaria y en

18 De los 46 proyectos, 30 son de iniciativa oficial y 14 de iniciativa privada. Ver ponencia del director de la ANI, Luis Fernando Andrade Moreno, en el X Congreso Nacional de la Infraestructura, realizado en noviembre de 2013 por la Cámara Colombiana de la Infraestructura.

19 En cuanto a las APP de iniciativa privada, a la fecha se tienen 150 proyectos registrados en el RUAPP, de los cuales cerca de la mitad corresponde a vías. Ver ponencia del director de la ANI en el X Congreso Nacional de la Infraestructura, realizado en noviembre de 2013 por la Cámara Colombiana de la Infraestructura.

cuatro meses en la expropiación administrativa. El trámite de licencia ambiental, que toma alrededor de dos años, podría ser reducido entre tres y seis meses en cuanto a la entrega de informaciones adicionales ambientales, y en seis meses en cuanto a trámites ante otras entidades. Y la eliminación de dicha licencia para mejoramientos, mantenimientos y rehabilitaciones podría ahorrar medio año de tiempo a los contratistas. Con el traslado de redes que dilatan las obras de infraestructura habría también ganancias de tiempo y transparencia en la actuación del Estado, al quedar claro que de no haber acuerdo el traslado lo hará de manera expedita la entidad a cargo del proyecto de transporte.²⁰ Naturalmente, estos logros están por verse y se requiere un cuidadoso seguimiento de la implementación de la Ley 1682.

A mediano plazo el cambio más significativo de la Ley se podría dar con un trámite más expedito de la licencia ambiental y la consulta previa. En efecto, a partir de noviembre de 2016, “como requisito previo” a la apertura de los procesos de selección para la construcción de proyectos de infraestructura de transporte, la entidad pública estará obligada a contar con una alternativa del proyecto aprobada por la autoridad ambiental, y haber concluido el proceso de consulta previa con la respectiva comunidad hasta su protocolización.

Los retos de implementación de la Ley 1682 no son menores si se pretende que tenga los im-

20 Ver ponencia del director de la ANI en el X Congreso Nacional de la Infraestructura, realizado en noviembre de 2013 por la Cámara Colombiana de la Infraestructura.

pactos de facilitación, mejor planeación, coordinación y eficiencia en el sector. A este respecto es fundamental la orientación técnica de alto nivel que se le imprima desde un comienzo a la Unidad de Planeación del Sector Transporte y a la Comisión de Regulación de Infraestructura y Transporte, en aras del fortalecimiento de la visión de largo plazo sobre la necesaria coordinación entre las inversiones nacionales y territoriales, y su facilitación. En este propósito también se requerirá de la puesta en marcha de la ventanilla única donde se adelanten todos los trámites de los proyectos de infraestructura.

Referencias

- Andrade Moreno, L. F. (20 de noviembre de 2013). *Cuarta generación de concesiones*. Ponencia en el X Congreso Nacional de la Infraestructura realizado en Cartagena entre el 20 y el 22 de noviembre de 2013.
- Cámara Colombiana de la Infraestructura. X Congreso Nacional de Infraestructura. (Noviembre de 2013). *Ponencia del Ministerio de Transporte*. Bogotá: Cámara Colombiana de la Infraestructura.
- Cámara Colombiana de la Infraestructura. X Congreso Nacional de la Infraestructura. (Noviembre de 2013). *Ponencia del Director de la ANI*. Bogotá: Cámara Colombiana de la Infraestructura.
- Colombia Compra Eficiente. (2013). *Guía para determinar y verificar la capacidad residual del proponente en los procesos de contratación de obra pública* (Versión 1). Bogotá: Gobierno de Colombia. Prosperidad para todos.
- Comisión de Infraestructura. (Octubre de 2012). *Informe*. Bogotá: Comisión.
- Decreto 736 de 10 de abril de 2014. Ministerio de Transporte.
- Decreto 816 de 28 de abril de 2014. Ministerio de Hacienda y Crédito Público.
- Decreto 947 de 21 de mayo de 2014. Ministerio de Transporte.
- Ley 1682 de 2013. Ley de Infraestructura. (22 de noviembre de 2013). *Diario Oficial* 48982 de noviembre 22 de 2013.
- Senado de la República. (22 de marzo de 2013). Proyecto de Ley 223 Senado “por el cual se adoptan medidas y disposiciones para los proyectos de infraestructura”. *Gaceta del Congreso* n°. 137 de 2013.
- Sistema Integral Nacional de Información de Carreteras. (s. f.). Obtenido de mintransporte: http://dirinfra.mintransporte.gov.co/sinc/VISOR_SINC.ASPX