

AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA ANI - Expropiación administrativa en concesiones portuarias / EXPROPIACIÓN ADMINISTRATIVA EN CONCESIONES PORTUARIAS - Destino del bien expropiado. Modificación del contrato de concesión portuaria

La señora Ministra de Transporte consulta a la Sala sobre la autoridad competente para adelantar la expropiación administrativa de los terrenos en donde se construiría infraestructura de apoyo a las operaciones portuarias y la vía de acceso a un puerto entregado en concesión. Según los supuestos fácticos de la consulta, con posterioridad a la celebración del contrato de concesión No. 010 de 2007, mediante providencia judicial se desvirtuó la propiedad sobre los “*terrenos adyacentes*” al área concesionada que inicialmente habían sido acreditados como propios por la sociedad concesionaria. Verificada dicha circunstancia sobreviniente y no imputable a la entidad estatal contratante, y considerando que las obras allí proyectadas le prestarían un servicio directo a la operación logística del puerto concesionado, se determinó por las partes la necesidad de “incluirlos” nuevamente en el contrato de concesión (otrosí aclaratorio No. 02), con el fin de proceder a su expropiación. Se entiende entonces que la expropiación tiene como destino permitir el desarrollo del proyecto de infraestructura denominado “Puerto Industrial Aguadulce” y la prestación eficiente, oportuna y continua del servicio público portuario. De esta manera, una vez se materialice la expropiación, en los términos expuestos en este concepto, se requerirá realizar una adición al citado contrato que permita incorporar materialmente los inmuebles al proyecto. Por tratarse de una operación emergente que genera costos imprevistos para el Estado, la mencionada incorporación tendrá que hacerse a título oneroso e implicará convenir con el concesionario la contraprestación correspondiente a favor de la ANI. Las razones de utilidad pública e interés social que presiden la expropiación de los “*terrenos adyacentes*” dada su estrecha relación con la ejecución y/o desarrollo del proyecto de infraestructura que prestará un servicio conexo en los términos de la Ley 336 de 1996, indican que su destino no puede ser modificado. Sin perjuicio de que la expropiación defiere la titularidad del bien a la ANI, esta agencia estatal deberá convenir con la sociedad concesionaria la ocupación y utilización de tales “*terrenos adyacentes*”, en forma temporal y exclusiva. Constitucionalmente la expropiación, como se ha explicado, está prevista a favor del interés general que representa el Estado y no en beneficio de los intereses de los particulares. Además, el régimen jurídico del bien expropiado, dada su inescindible relación con el objeto principal concesionado, corresponde al del contrato de concesión y, por lo mismo, las obras o desarrollos logísticos que se construyan sobre él deben revertir a la Nación al término de la concesión. *La Sala Responde:* En desarrollo de un proyecto de infraestructura como el que se deriva del contrato de concesión portuaria 010 de 2007 a cargo de la Agencia Nacional de Infraestructura, el ejercicio de la *potestad* estatal de expropiación por vía administrativa es competencia de dicha Agencia para lo cual expedirá el acto administrativo correspondiente con base en los artículos 3 y 4, numeral 10, del Decreto - Ley 4165 de 2011, en concordancia con los artículos 19, 20 y 31 de la Ley 1682 de 2013, sin que el ejercicio de esa competencia esté condicionado a un deber de asociarse con los particulares u otras entidades públicas. El procedimiento vigente para la expropiación por vía administrativa se encuentra previsto de manera específica en la Ley 1682 de 2013 y, en lo no previsto en ella, en la Ley 388 de 1997 por expresa remisión que hace la ley 1682. La Agencia Nacional de Infraestructura es competente para adelantar los trámites tendientes a la expropiación ordinaria por vía judicial y a instaurar las acciones judiciales correspondientes con base en los artículos 3 y 4, numeral 10, del Decreto - Ley 4165 de 2011, en concordancia con los artículos 19, 20 y 31 de la Ley 1682 de 2013, toda vez que el artículo 16 de la Ley 1 de 1991 se encuentra tácitamente derogado por la Ley 1682, según las consideraciones expuestas en la parte motiva. El ejercicio de esta competencia no está condicionado a un deber de asociarse con los particulares u otras entidades públicas. Los “*terrenos adyacentes*” por expropiar, para realizar las obras o desarrollos necesarios que le prestarán un servicio directo a la operación logística del puerto concesionado, se encuentran afectos al proyecto de infraestructura “Puerto Industrial Aguadulce” en virtud de la motivación y finalidad constitucional de

interés público y/o social que sustentará su expropiación, por lo que no puede variarse tal destino. De esta manera su titularidad debe permanecer en la ANI, toda vez que constitucionalmente la expropiación, como se ha explicado, está prevista a favor del interés general que representa el Estado y no en beneficio de intereses de los particulares. Sin perjuicio de que la expropiación defiere la titularidad del bien a la ANI, esta agencia estatal deberá convenir con la sociedad concesionaria la ocupación y utilización de tales “*terrenos adyacentes*”, en forma temporal y exclusiva, para los desarrollos logísticos inherentes al proyecto de infraestructura. El régimen jurídico del bien expropiado, dada su inescindible relación con el objeto principal concesionado, corresponde al del contrato de concesión y, por lo mismo, las obras que se construyan sobre el deben revertir a la Nación al término de la concesión por expresa disposición de los artículos 14, numeral 2, y 19 de la Ley 80 de 1993, en concordancia con el artículo 8 de la Ley 1 de 1991.

NOTA DE RELATORIA: Sobre adición de contratos estatales, ver concepto del 26 de agosto de 1998, Rad. 1121, MP. César Hoyos Salazar; y concepto del 18 de julio de 2002, Rad. 1439, MP. Susana Montes de Echeverri. Sobre expropiación administrativa, ver concepto del 21 de marzo de 2007, Rad. 1807, MP. Enrique José Arboleda Perdomo

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 58 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 365 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 366 / LEY 1 DE 1991 - ARTICULO 8 / LEY 1 DE 1991 - ARTICULO 16 / LEY 1450 DE 2011 - ARTICULO 73 / LEY 1450 DE 2011 - ARTICULO 83 / LEY 336 DE 1996 - ARTICULO 27 / LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 40 / LEY 1682 DE 2013 - ARTICULO 2 / LEY 1682 DE 2013 - ARTICULO 5 / LEY 1682 DE 2013 - ARTICULO 13 / LEY 1682 DE 2013 - ARTICULO 12 / LEY 1682 DE 2013 - ARTICULO 19 / LEY 1682 DE 2013 - ARTICULO 31 / LEY 1682 DE 2013 - ARTICULO 64 / LEY 1682 DE 2013 - ARTICULO 73 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 137 / DECRETO LEY 4165 DE 2011 / LEY 489 DE 1998 - ARTICULO 5 / LEY 4165 DE 2011 / DECRETO 2844 DE 2010 - ARTICULO 5 / DECRETO 2681 DE 1991 / DECRETO 101 DE 2000 / DECRETO 1800 DE 2003 / DECRETO 87 DE 2011

COMPETENCIA ADMINISTRATIVA - Noción. Desarrollo jurisprudencial

La competencia ha sido entendida por la doctrina como la “...*esfera de atribuciones de los entes y órganos determinada por el ordenamiento jurídico positivo. Es decir, el conjunto de facultades y obligaciones que un órgano puede y debe ejercer legítimamente...*”. Como factores que determinan la competencia se han identificado: la materia, el territorio, el tiempo y la jerarquía, a saber: i) El factor material, también conocido como “*ratione materiae*”, se refiere a las tareas que legalmente puede desempeñar el órgano, según el carácter de la actividad encomendada por el ordenamiento jurídico para el logro de los fines del Estado. ii) El factor territorial, o “*ratione loci*”, es el ámbito espacial al que se circunscribe el ejercicio legítimo de la función. iii) El factor temporal, “*ratione temporis*”, es atinente al plazo u oportunidad para que la competencia sea ejercida, valga decir, es el ámbito temporal en que es legítimo el ejercicio de la función. iv) El factor jerárquico, o por el grado, obedece a la posición que ocupa el órgano dentro de la estructura jerárquica de organización estatal e implica que el inferior en grado está subordinado al superior.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 6 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 121 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 137 / LEY 489 DE 1998 - ARTICULO 5

EXPROPIACION JUDICIAL Y POR VIA ADMINISTRATIVA - Intervención de los jueces es únicamente posterior y eventual / EXPROPIACION - Análisis normativo, Ley 1682 de 2013 frente al artículo 16 de la ley 1 de 1991

La expropiación por vía administrativa se introdujo en la Constitución de 1991 como una figura que buscaba remediar los problemas de eficacia del procedimiento que

implicaba el trámite de la expropiación mediante sentencia judicial. Vale la pena mencionar que aunque en el seno de la Asamblea Nacional Constituyente se discutieron varias propuestas, en las que se contemplaba incluir el carácter excepcional de esa figura, se **dejó a la ley la definición de los casos en que esta procede**, por lo que desde el punto de vista constitucional resulta ajeno a la voluntad de las partes de un contrato estatal, entre ellos el de concesión, definir o regular este asunto. En el concepto 1807 de 2007 la Sala sostuvo que la expropiación administrativa es el reconocimiento en cabeza de la administración del poder jurídico para decidir, a través de un acto administrativo motivado, y mediante la aplicación del derecho en un caso concreto, que existen los motivos de utilidad pública e interés social, **definidos por el legislador**, que legitiman y justifican una expropiación y regulan el monto de la indemnización que debe pagarse al expropiado, y la forma de pago. En la expropiación por vía administrativa, la intervención de los jueces únicamente es posterior y eventual como se deriva del artículo 58 CP. Y de acuerdo con la Corte Constitucional en la Sentencia C - 531 de 1996, no se consagra como requisito para adoptar la decisión de expropiar o para llevar adelante el proceso -que no es judicial-, ni para perfeccionar el acto expropiatorio, sino que apenas tiene cabida si el afectado instaura en la oportunidad correspondiente la acción contencioso administrativa. **NOTA DE RELATORIA:** Sobre expropiación administrativa, ver concepto del 21 de marzo de 2007, Rad. 1807, MP. Enrique José Arboleda Perdomo

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 58 / LEY 1 DE 1991 - ARTICULO 8 / LEY 1 DE 1991 - ARTICULO 16

PROYECTOS DE INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE - Regulación normativa

Conforme a lo expuesto, no cabe duda de que el “Puerto Industrial Aguadulce” - según la Ley 1682 de 2013, el contrato de concesión 010 de 2007 y el otrosí No. 02 de 2009- constituye un proyecto de infraestructura portuaria de servicio público orientado a la satisfacción de los requerimientos y necesidades del transporte y el comercio nacional e internacional, cuyo horizonte de tiempo es de 30 años, sujeto a las inversiones determinadas en el citado contrato. Dicho proyecto está compuesto por un conjunto de elementos entre los que se destacan para los fines de este concepto, los bienes entregados en concesión que incluyen el sector de playa, los terrenos de bajamar y las zonas marítimas accesorias a aquellas o estos (zona de uso público) que se encuentran ubicados en la bahía interior de Buenaventura para la construcción del puerto, así como los “*terrenos adyacentes*” en donde se realizará la construcción de infraestructura básica de apoyo a las operaciones portuarias (incluye, según el contrato, “vías internas, servicios, oficinas, pavimentación de patios, bodegas, silos, tanques, tuberías, oficinas, talleres”, entre otros). Aunque tales bienes pueden identificarse e individualizarse su utilidad en el proyecto “Puerto Industrial Aguadulce” deriva de la función específica en que se relacionan de manera que unos están en función de los otros y conforman el conjunto denominado “*proyecto de infraestructura*”, razón por la cual puede aplicarse la Ley 1682 de 2013 para el ejercicio de la potestad pública de expropiación

FUENTE FORMAL: LEY 1682 DE 2013 - ARTICULO 2 / LEY 1682 DE 2013 - ARTICULO 4 / LEY 1682 DE 2013 - ARTICULO 12 / LEY 1682 DE 2013 - ARTICULO 5 / LEY 1682 DE 2013 - ARTICULO 19 / LEY 1682 DE 2013 - ARTICULO 31 / LEY 1682 DE 2013 - ARTICULO 64 / LEY 1682 DE 2013 - ARTICULO 73 / DECRETO 2844 DE 2010 - ARTICULO 5

INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES INCO - Disposiciones normativas. Cambio de denominación. Cambio de naturaleza jurídica

En las consideraciones se dijo que dicho cambio se realizaba con el fin de lograr mayor eficiencia y eficacia en la administración de la infraestructura del país, así como para fortalecer la vinculación de capital privado a los proyectos asociados con la infraestructura del sector transporte y el desarrollo de las asociaciones público privadas, y hacer coherente la organización y funcionamiento de la administración

de los proyectos de infraestructura para adaptarla a las condiciones del mercado y otorgarle la estructura acorde con las actuales necesidades y potencialidades del país.

FUENTE FORMAL: DECRETO LEY 4165 DE 2011

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero ponente: GERMAN ALBERTO BULA ESCOBAR

Bogotá, D.C., veintiséis (26) de marzo de dos mil catorce (2014)

Radicación número: 11001-03-06-000-2013-00383-00

Actor: MINISTERIO DE TRANSPORTE

La señora Ministra de Transporte consulta a la Sala sobre la autoridad competente para adelantar la expropiación administrativa de los terrenos en donde se construiría infraestructura de apoyo a las operaciones portuarias y la vía de acceso a un puerto entregado en concesión.

I. ANTECEDENTES

El ministerio consultante transcribe el artículo 16 de la Ley 1 de 1991 el cual permite a la Nación, a través del Superintendente General de Puertos, o a cualquier entidad pública legalmente capaz para ser socia de una sociedad portuaria, ordenar mediante acto administrativo la expropiación de predios necesarios para establecer puertos.

Hace un recuento de la normatividad expedida con posterioridad a dicha ley, entre otros los Decretos 2681 de 1991, 101 de 2000, 1800 de 2003, 87 y 4165 de 2011, los cuales modificaron las competencias de las autoridades del sector administrativo de transporte, por lo que surge la inquietud de si las competencias expropiatorias originalmente previstas en el citado artículo 16 de la Ley 1 se mantuvieron o fueron trasladadas a otra autoridad pública.

Menciona la celebración del contrato de concesión No. 010 de 2007 entre el Instituto Nacional de Concesiones - INCO y la Sociedad Puerto Industrial de Aguadulce S.A. -SPIA-, cuyo objeto es otorgar una concesión portuaria para ocupar y utilizar en forma temporal y exclusiva la zona de uso público que incluye el sector de playa, terrenos de bajamar y las zonas marítimas accesorias a aquellas o estos que se encuentran ubicados en la bahía interior de Buenaventura, por el término de 30 años a cambio de la contraprestación establecida en el contrato, así como la planeación, construcción, establecimiento, administración y operación de un puerto multipropósito de servicio público orientado a la satisfacción de los requerimientos y necesidades del tráfico y el comercio nacional e internacional. (Cláusulas 1 y 2 del Contrato de Concesión).

En la consulta se alude al otrosí¹ aclaratorio No. 02 al contrato de concesión No. 010 de 2007 y se afirma que la cláusula tercera del contrato original se adicionó con un parágrafo para *“incorporar a la concesión dos inmuebles requeridos (17.93 Hts.)*

¹ Del 30 de septiembre de 2009.

tanto para la vía de acceso como para el terminal, para efecto de que se pudieran negociar directamente por el concesionario en los términos del artículo 16 de la Ley 1 de 1991". Las cláusulas pertinentes se transcribirán en las consideraciones de este concepto. (Paréntesis textual).

Indica la consulta que entre el Instituto Nacional de Vías -INVIAS-, el Instituto Nacional de Concesiones -INCO- y el Ministerio de Transporte, se celebró el convenio interadministrativo No. 067 del 3 de agosto de 2011 con el objeto de *"aunar esfuerzos para la construcción de la vía de acceso al puerto industrial Aguadulce, cruce hacia Bahía Málaga — Zona Portuaria"*, con un plazo de ejecución hasta el 31 de diciembre de 2015. Dicho convenio fue modificado mediante otrosí No. 1 de 2011.

Informa igualmente que se celebró entre INVIAS y SPIA el convenio de asociación 1218 de agosto 23 de 2011, cuyo objeto es *"aunar esfuerzos para la construcción de la vía de acceso a la zona de uso público y zonas anexas del puerto de Aguadulce en el Distrito Portuario de Buenaventura"*.

Expone la ministra en la consulta que SPIA como titular del contrato de concesión No. 010 solicitó a la Agencia Nacional de Infraestructura -ANI- adelantar la expropiación de las áreas de terreno referidas en el otrosí aclaratorio No. 02, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 16 de la Ley 1 de 1991 y en consideración a que: *i) no ha podido llevar a cabo la negociación directa de uno de los predios que figura bajo el dominio de una persona fallecida, del cual no se han podido identificar herederos y, ii) fracasó la negociación directa efectuada entre la sociedad concesionaria y la sociedad propietaria de otro inmueble.*

La ANI no accedió a tal petición comoquiera que estima que no tiene las competencias previstas en el artículo 16 de la Ley 1 de 1991 y tampoco está facultada para ser parte de sociedades comerciales. Además si se aceptara dicha posibilidad de asociación quedaría inmersa en un conflicto de intereses que la llevaría a actuar como *"vigilante y vigilado, en la medida que ejercería la vigilancia sobre la ejecución del objeto concesionado y a su vez ostentaría la calidad de socio del concesionario"*.

Es preciso indicar que con base en solicitud de consulta, se realizó una audiencia con la señora Ministra de Transporte y el Presidente de la ANI. Como resultado de la audiencia la Sala requirió información adicional alusiva al caso, la cual fue remitida por ese ministerio.

Ante algunas inquietudes de la Sala sobre la documentación aportada y para precisar el contexto fáctico que dio origen al otrosí aclaratorio No. 02, así como el estado actual de las gestiones que adelantan las autoridades públicas frente al caso planteado, se celebró una nueva audiencia con funcionarios del ministerio consultante y la ANI el día 29 de enero de 2014, que llevó a la remisión de documentación adicional referida a la consulta, recibida en la Sala el 17 de febrero de ese mismo año.

La señora Ministra formula las siguientes

PREGUNTAS:

1. *"La Agencia Nacional de Infraestructura, tratándose de las concesiones portuarias cuya administración está a su cargo, es la competente para expedir el acto administrativo que ordene la expropiación, prevista en el inciso 1 del artículo 16 de la Ley 1 de 1991, en razón a lo dispuesto en el numeral 10 artículo 4 del Decreto 4165 de 2011. En caso de no ser esta entidad, ¿qué entidad sería la competente?"*

2. *“Del mismo modo, la Agencia Nacional de Infraestructura tratándose de las concesiones portuarias cuya administración está a su cargo, es la competente para presentar la demanda de expropiación de los predios de propiedad privada necesarios para establecer puertos, ante el tribunal que ejerza la jurisdicción en el territorio donde se encuentren los mencionados predios, prevista en el inciso 2 del artículo 16 de la Ley 1 de 1991. En caso contrario, ¿Qué entidad ostentaría la competencia?”*
3. *“¿En caso afirmativo, de conformidad con el inciso 1 del artículo 16 de la Ley 1 de 1991 y con las normas ya referidas, la Agencia Nacional de Infraestructura que en la actualidad asumió la función de expropiación a cargo de la otrora Superintendencia General de Puertos al expedir el acto administrativo e instaurar la respectiva demanda de expropiación, debe convertirse en socia de la sociedad portuaria o es necesario que cualquier otra entidad pública capacitada legalmente deba convertirse en socio de la sociedad portuaria para expedir el citado acto administrativo de expropiación e instaurar la respectiva demanda de expropiación? En los dos eventos planteados, ¿dicha condición de asociarse tiene como requisito sine qua non aportar a la sociedad portuaria los inmuebles expropiados?”*
4. *“En el evento de que se expropie el referido inmueble, por corresponder a zonas adyacentes a la concesión, ¿el mismo deberá ser revertido a la Nación al finalizar el plazo de la Concesión Portuaria, en razón a la utilidad pública que motiva la expropiación, o por el contrario, haría parte del patrimonio de la sociedad portuaria?”*
5. *“Tratándose de proyectos de concesión portuaria se debe hacer uso de la expropiación de que trata el artículo 83 de la Ley 1450 de 2011 o por el contrario, se aplicaría lo previsto en el artículo 16 de la Ley 1 de 1991? En este último caso, a pesar de que el artículo 9° del Decreto 4735 de 2009 dispone que el solicitante deberá acreditar que dispone de los terrenos de propiedad privada aledaños necesarios para el desarrollo de la actividad para la cual se solicitó la concesión, acreditando el título del cual deriva dicha disposición, ¿puedo hacer uso de la figura de la expropiación?”*

Respecto a las vías de acceso:

6. *“¿Es procedente que el Instituto Nacional de Vías — INVÍAS reciba en la actualidad los predios invadidos y proceda a expropiarlos para entregárselos al concesionario, para que éste culmine la construcción de la vía en cumplimiento del convenio?”*
7. *“¿Es procedente que el Instituto Nacional de Vías — INVÍAS reconozca y pague mejoras a los actuales poseedores de los bienes inmuebles necesarios para la construcción de la vía de acceso al puerto industrial Aguadulce, cruce hacía Bahía Málaga — Zona Portuaria, para que el concesionario pueda culminar la obra de la vía de acceso?”*

II. CONSIDERACIONES

A. Circunstancias fácticas relevantes para emitir el concepto y problemas jurídicos a resolver

De conformidad con la resolución No. 382 del 20 de junio de 2007 expedida por el INCO, mediante la cual se otorgó la concesión, y el contrato de concesión No. 010 de 2007 celebrado entre el Instituto Nacional de Concesiones - INCO y la Sociedad

Puerto Industrial de Aguadulce S.A. -SPIA-, en el proyecto de infraestructura “Puerto Industrial Aguadulce” se destacan dos áreas geográficas claramente demarcadas: *i)* la que corresponde al área de uso público concesionada señalada en las cláusulas 1 y 2 del contrato, y *ii)* los “terrenos adyacentes” que en principio la sociedad concesionaria había acreditado como de su propiedad, previstos en la cláusula tercera del contrato, “incluidos” nuevamente por el otrosí No. 02 de 2009. Entiende la Sala que respecto de los primeros no existe duda jurídica alguna y, en tal sentido, la consulta gravita sobre la figura de la expropiación en relación con los citados “terrenos adyacentes”. Respecto de estos últimos, el contrato estipuló originalmente:

“Cláusula Tercera. Descripción de la ubicación de linderos y extensión del terreno adyacente a los bienes de uso público entregados en concesión. Para el desarrollo integral del **proyecto** el concesionario **cuenta con los terrenos adyacentes** que describen un polígono irregular con un área aproximada de **72 hectáreas**. El área de los terrenos que se pretende ocupar de acuerdo con la información topográfica anexará (sic) a la solicitud, para el desarrollo integral del proyecto, se encuentra definida por el polígono comprendido por los puntos (...) cuyo alinderamiento y vértices se identifican aproximadamente con las siguientes coordenadas planas de Gauss...”. (Mayúsculas eliminadas. Se resalta).

La original cláusula quinta del contrato No. 010 alude a la “*descripción del proyecto*”, así: “5.1.3. (...) En los terrenos adyacentes **de propiedad** de la sociedad portuaria se realizará la construcción de la infraestructura básica de apoyo a las operaciones portuarias, en esta se incluyen vías alternas, servicios, oficinas, pavimentación de patios, bodegas, silos, tanques, tuberías, oficinas, talleres, y la construcción de un tramo nuevo de vía para acceso al terminal de aproximadamente 14 kilómetros...”. (Ibídem).

Según se informó por el ministerio consultante y la ANI en la audiencia del 29 de enero de 2014, mediante providencia judicial se determinó que parte de los “terrenos adyacentes” acreditados en un comienzo por la sociedad concesionaria como de su propiedad pertenecían a otras personas. Ante la solicitud del concesionario de volver a “incluir” tales terrenos “dentro del área adyacente (predios privados), contenida en la cláusula tercera del contrato de concesión” y que se agregaran en la descripción del proyecto los desarrollos que se ejecutarían en dichos inmuebles para atender las necesidades operativas del puerto, se suscribió el otrosí² aclaratorio No. 02 al contrato de concesión No. 010, que en su cláusula segunda incluyó un párrafo a la cláusula tercera de dicho contrato, del siguiente tenor:

“PARÁGRAFO. El **proyecto** debe incorporar 17.93 hectáreas de predios de propiedad privada donde se construirá la vía de **acceso terrestre al puerto e infraestructura básica de apoyo a las operaciones portuarias**, predios que por expresa disposición legal su adquisición se declara de interés público. Para este efecto (...) el concesionario deberá iniciar conversaciones con las personas que aparezcan como titulares de los derechos reales sobre ellos, para conseguir que voluntariamente los vendan o aporten a la sociedad y adicionalmente deberá asumir la totalidad de los costos y riesgos inherentes a la adquisición de los mencionados predios, incluyendo los costos y/o gastos en que se llegare a incurrir en el evento en que fuera necesario ordenar la expropiación y aporte de los mencionados predios para la construcción del puerto, de conformidad con lo indicado en el artículo 16 de la Ley 1 de 1991...”. (Se resalta).

Y en la cláusula tercera del otrosí No. 02 se dispone: “Incorporar nuevamente en la cláusula quinta del contrato 010 (...) el siguiente texto: En los terrenos adyacentes

² Del 30 de septiembre de 2009.

de propiedad de la sociedad portuaria se realizará la construcción de infraestructura básica de apoyo a las operaciones portuarias, en esta se incluyen vías internas, servicios, oficinas, pavimentación de patios, bodegas, silos, tanques, tuberías, oficinas, talleres, y la construcción de un tramo nuevo de vía para acceso al terminal de aproximadamente catorce (14) kilómetros”³.

De esta manera se advierte que dentro del proyecto de infraestructura denominado “Puerto Industrial Aguadulce” se requiere expropiar, según el otrosí aclaratorio No. 02, un área de “17.93 hectáreas de predios de propiedad privada donde se construirá la vía de acceso terrestre al puerto e infraestructura básica de apoyo a las operaciones portuarias”, la cual en principio había sido acreditada por la sociedad concesionaria como de su propiedad pero con posterioridad a la celebración del contrato de concesión se determinó, mediante providencia judicial, que pertenecía a otras personas, circunstancia que obviamente no es imputable a la entidad estatal contratante.

La situación fáctica descrita y las preguntas formuladas en la consulta plantean los siguientes problemas jurídicos que deben ser dilucidados por la Sala: *i)* ¿Es la Agencia Nacional de Infraestructura la autoridad competente en la actualidad para expropiar por vía administrativa los “terrenos adyacentes” que hacen parte del proyecto de infraestructura “Puerto Industrial Aguadulce”?; *ii)* Dado que dicha expropiación administrativa no se ha realizado ¿cuál es el procedimiento vigente para el efecto?; *iii)* ¿Debe acudirse al artículo 16 de la Ley 1 de 1991 para la expropiación de los mencionados “terrenos adyacentes”?; y *iv)* ¿Una vez se expropian tales terrenos, cómo se incorporarían al proyecto de infraestructura “Puerto Industrial Aguadulce”?

En consecuencia, para responder los interrogantes formulados la Sala analizará *i)* la noción de competencia administrativa; *ii)* la noción general de expropiación; *iii)* las competencias expropiatorias derivadas de la Ley 1682 de 2013 sobre los proyectos de infraestructura, en particular los portuarios, y la vigencia del artículo 16 de la Ley 1 de 1991; *iv)* las competencias de la Agencia Nacional de Infraestructura asignadas por el Decreto - Ley 4165 de 2011; *v)* la modificación (adición) del contrato estatal, y *vi)* el reconocimiento de mejoras en la expropiación administrativa.

El concepto que la Sala rendirá en ejercicio de la función consultiva no conlleva un pronunciamiento sobre la conveniencia u oportunidad de los contratos o convenios celebrados a los que se alude en la consulta, ni muchos menos sobre las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que deben adoptarse las determinaciones sobre expropiación administrativa o judicial, toda vez que tales aspectos escapan al ejercicio de la función que le ha sido asignada.

B. La competencia administrativa

El principio de legalidad previsto en los artículos 6, 121 y 122 de la Constitución Política⁴ (C.P.), es un postulado esencial del Estado Social de Derecho y de toda manifestación del poder público, conforme al cual será legítima la actuación de las autoridades en cuanto se desarrolle dentro del preciso ámbito funcional definido por el legislador, por lo que se proscriben las actuaciones de los servidores públicos que impliquen omisión o extralimitación en el ejercicio de las mismas.

³ Toda vez que dicha estipulación había sido eliminada en el otrosí No. 01 al contrato de concesión.

⁴ Artículo 6. “Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las Leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones”.

Artículo 121. “Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la Ley”.

Artículo 122. “No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en Ley o reglamento...”.

La noción de competencia se describe en el artículo 5º de la Ley 489 de 1998, así: “*Los organismos y entidades administrativos deberán ejercer con exclusividad las potestades y atribuciones inherentes, de manera directa e inmediata, respecto de los asuntos que les hayan sido asignados expresamente por la ley, la ordenanza, el acuerdo o el reglamento ejecutivo...*”. (Resalta la Sala).

Para el Consejo de Estado, la competencia es un elemento subjetivo del acto administrativo que constituye un presupuesto indispensable para su conformación y se traduce en la aptitud, habilidad, capacidad e idoneidad que tiene un sujeto legalmente hábil, en este caso una autoridad administrativa, para emitirlo⁵.

En concordancia con lo anterior, el artículo 137 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA) prevé como causal de nulidad de los actos administrativos, su expedición por funcionarios u organismos incompetentes⁶.

La competencia ha sido entendida por la doctrina como la “...*esfera de atribuciones de los entes y órganos determinada por el ordenamiento jurídico positivo. Es decir, el conjunto de facultades y obligaciones que un órgano puede y debe ejercer legítimamente...*”⁷.

Como factores que determinan la competencia se han identificado: la materia, el territorio, el tiempo y la jerarquía⁸, a saber:

i) El factor material, también conocido como “*ratione materiae*”, se refiere a las tareas que legalmente puede desempeñar el órgano, según el carácter de la actividad encomendada por el ordenamiento jurídico para el logro de los fines del Estado.

ii) El factor territorial, o “*ratione loci*”, es el ámbito espacial al que se circunscribe el ejercicio legítimo de la función.

iii) El factor temporal, “*ratione temporis*”, es atinente al plazo u oportunidad para que la competencia sea ejercida, valga decir, es el ámbito temporal en que es legítimo el ejercicio de la función.

iv) El factor jerárquico, o por el grado, obedece a la posición que ocupa el órgano dentro de la estructura jerárquica de organización estatal e implica que el inferior en grado está subordinado al superior.

Las anteriores nociones serán tenidas en cuenta por la Sala al momento de analizar las competencias en el asunto sometido a consulta.

C. Expropiación judicial y por vía administrativa

Al momento de entrar a regir la Ley 1 de 1991 “*por la cual se expide el Estatuto de Puertos Marítimos y se dictan otras disposiciones*”⁹, se encontraba vigente la Constitución Política de 1886 que, con la reforma introducida en 1936, establecía sobre la propiedad privada y expropiación, lo siguiente:

⁵ Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia del 28 de mayo de 1998. Expediente 10507.

⁶ Artículo 137. “Toda persona podrá solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos de carácter general. //Procederá cuando hayan sido expedidos con infracción de las normas en que deberían fundarse, o sin competencia...”.

⁷ DROMI, Roberto. Derecho Administrativo. Hispania Libros. Buenos Aires 2009.

⁸ Sobre los factores o clases de competencia, véase Dromi, op.cit.

⁹ Diario Oficial 39.626 del 11 de enero de 1991.

"Artículo 30. Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con justo título, con arreglo a las leyes civiles, por personas naturales o jurídicas, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos de particulares con la necesidad reconocida por la misma ley, el interés privado deberá ceder ante el interés público o social.

La propiedad es una función social que implica obligaciones.

Por motivos de utilidad pública o de interés social definidos por el legislador, podrá haber expropiación, mediante sentencia judicial e indemnización previa...".

Como se evidencia, la norma constitucional vigente para esa época sólo permitía la expropiación por vía judicial, esto es, mediante sentencia judicial e indemnización previa, y es en dicho contexto en el que en su momento debió entenderse el artículo 16 de la Ley 1 de 1991, aspecto sobre el que volverá la Sala más adelante.

La propiedad concebida como función social fue reiterada en el ordenamiento constitucional en el artículo 58 de la Carta Política de 1991. En cuanto a la expropiación, si bien subsistió el procedimiento ordinario por vía judicial, el constituyente también lo permitió por vía administrativa, en los siguientes términos: "Por motivos de utilidad pública o de interés social definidos por el legislador, podrá haber expropiación mediante sentencia judicial e indemnización previa (...) En los casos que determine el legislador, **dicha expropiación podrá adelantarse por vía administrativa, sujeta a posterior acción contencioso administrativa, incluso respecto del precio**" (Artículo 58 ibídem. Resalta la Sala).

La expropiación por vía administrativa se introdujo en la Constitución de 1991 como una figura que buscaba remediar los problemas de eficacia del procedimiento que implicaba el trámite de la expropiación mediante sentencia judicial. Vale la pena mencionar que aunque en el seno de la Asamblea Nacional Constituyente se discutieron varias propuestas¹⁰, en las que se contemplaba incluir el carácter excepcional de esa figura, se **dejó a la ley la definición de los casos en que esta procede**¹¹, por lo que desde el punto de vista constitucional resulta ajeno a la voluntad de las partes de un contrato estatal, entre ellos el de concesión, definir o regular este asunto.

En el concepto 1807 de 2007 la Sala sostuvo que la expropiación administrativa es el reconocimiento en cabeza de la administración del poder jurídico para decidir, a través de un acto administrativo motivado, y mediante la aplicación del derecho en

¹⁰ Gaceta Constitucional No. 5 de febrero 15 de 1991. Proyecto del Gobierno Nacional "(...) de manera excepcional, se autoriza que la decisión concreta de una expropiación fuera tomada por la Administración y no por los jueces, cuando se trate de predios destinados a la reforma agraria o urbana o a la construcción de vías públicas. Esto con el propósito de agilizar la aplicación de tales medidas, cuando ellas fueren puestas en vigor por el legislador; dado el enorme interés social que ellas revisten y la multitud de dificultades que su realización ha tenido entre nosotros en el pasado."

¹¹ En el concepto 1807 la Sala cita una de las sesiones de la Comisión 5 encargada de desarrollar el derecho de propiedad, en la que se deliberó de la siguiente forma: "Todo el mundo coincidió en que en algunos casos se estaban presentando dificultades muy grandes para desarrollar programas sociales y aún para expropiar bienes con destino a obras públicas, por razón del procedimiento judicial (...) en la práctica, había unas demoras injustificadas, en cosas que a veces, realmente eran urgentes. (...). Hay, entonces, algunas coincidencias sobre la necesidad de crear este mecanismo y de (...) sin embargo, de varios miembros en el sentido de que se dijera expresamente que era un régimen excepcional, y que el régimen general es el que está contemplado en la primera frase y que excepcionalmente podría llegarse a eso. Se quiso, sin embargo, evitar la enumeración taxativa de los casos, y más bien referirlos al Congreso o al órgano legislativo, para que **defina en qué casos** hay lugar a la expropiación por vía administrativa (...). Naturalmente que el Congreso quedaría **facultado para decidir sobre casos específicos dónde debe proceder**". (Se resalta).

un caso concreto, que existen los motivos de utilidad pública e interés social, **definidos por el legislador**, que legitiman y justifican una expropiación y regulan el monto de la indemnización que debe pagarse al expropiado, y la forma de pago.

En la expropiación por vía administrativa, la intervención de los jueces únicamente es posterior y eventual como se deriva del artículo 58 CP. Y de acuerdo con la Corte Constitucional en la Sentencia C - 531 de 1996, no se consagra como requisito para adoptar la decisión de expropiar o para llevar adelante el proceso - que no es judicial-, ni para perfeccionar el acto expropiatorio, sino que apenas tiene cabida si el afectado instaura en la oportunidad correspondiente la acción contencioso administrativa.

Dicho lo anterior y dado que la consulta está planteada sobre la competencia de la Agencia Nacional de Infraestructura, entidad del orden nacional que cumple funciones administrativas, para expropiar un inmueble requerido para el proyecto de infraestructura portuaria denominado “Puerto Industrial Aguadulce”, la Sala debe abordar el asunto desde las normas vigentes que rigen la expropiación administrativa respecto de tales proyectos.

D. Ley 1682 de 2013 “Por la cual se adoptan medidas y disposiciones para los proyectos de infraestructura de transporte y se conceden facultades extraordinarias”¹²

1. Ámbito de aplicación y finalidad

La citada ley se aplicará a la infraestructura de transporte (artículo 1) que allí mismo define, así:

“Artículo 2°. La infraestructura del transporte es un sistema de movilidad integrado por un **conjunto** de bienes tangibles, intangibles y aquellos que se encuentren **relacionados** con este, el cual está bajo la vigilancia y control del Estado, y se organiza de manera estable para permitir el traslado de las personas, los bienes y los servicios, el acceso y la integración de las diferentes zonas del país y que propende por el crecimiento, competitividad y mejora de la calidad de la vida de los ciudadanos”.

Por su parte, el artículo 4 dispone:

“Artículo 4°. *Integración de la infraestructura de transporte.* La infraestructura de transporte está integrada, **entre otros** por:

(...)

5. Los puertos marítimos y fluviales y sus vías y canales de acceso. La infraestructura portuaria, marítima y fluvial comprende las radas, fondeaderos, canales de acceso, zonas de maniobra, zonas de protección ambiental y/o explotación comercial, los muelles, espigones diques direccionales, diques de contracción y otras obras que permitan el mantenimiento de un canal de navegación, estructuras de protección de orillas y las tierras en las que se encuentran construidas dichas obras...”.

(...)

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...”. (Resalta la Sala)

¹² Diario Oficial 48.982 del 22 de noviembre de 2013

De las normas transcritas se evidencia que la infraestructura de transporte es un conjunto de bienes que se encuentran relacionados entre sí bajo la lógica de obtener un propósito, y que la ley alude a dicha infraestructura de manera descriptiva o ejemplificativa por lo que la noción debe considerar, además, los elementos que la complementan o se encuentran al servicio del sistema de movilidad de que se trate, para el caso de la consulta, la infraestructura portuaria.

En la visión de conjunto que plantea la Ley 1682 es menester para el presente concepto tener en cuenta lo que esa ley entiende por “infraestructuras logísticas especializadas”, previstas en el artículo 12 ibídem:

“Artículo 12. En lo que se refiere a la infraestructura de transporte terrestre, aeronáutica, aeroportuaria y acuática, se tendrán en cuenta las siguientes definiciones:

(...)

Infraestructuras Logísticas Especializadas (ILE). Son áreas delimitadas donde se realizan, por parte de uno o varios operadores, actividades relativas a la logística, el transporte, manipulación y distribución de mercancías, funciones básicas técnicas y actividades de valor agregado para el comercio de mercancías nacional e internacional.

Contemplan 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”. (Ibídem. Paréntesis textual)

Se estima que la anterior definición se enmarcaría en el proyecto de infraestructura “Puerto Industrial Aguadulce” en relación con los “*terrenos adyacentes*” que requieren ser expropiados cuyo destino es “la construcción de infraestructura básica de apoyo a las operaciones portuarias, en esta se incluyen vías internas, servicios, oficinas, pavimentación de patios, bodegas, silos, tanques, tuberías, oficinas, talleres”, entre otros, según el otrosí No. 02 al que se aludió en el capítulo anterior.

Las expresiones legales y contractuales ponen de manifiesto que se trata de bienes muebles e inmuebles que posibilitan el tránsito de carga, organizados como sistema para prestar el servicio portuario. Por tanto, los bienes que conforman la infraestructura portuaria, aisladamente, no están en condiciones de conseguir la específica finalidad de servicio oportuno y eficaz que en materia portuaria prevé la ley.

La interpretación sistémica y finalística que se sostiene en precedencia tiene igualmente sustento en el artículo 5 de la Ley 1682 que dispone lo siguiente:

“Artículo 5°. Las acciones de planificación, ejecución, mantenimiento, mejoramiento y rehabilitación de los **proyectos y obras** de infraestructura del transporte materializan el **interés general** previsto en la Constitución Política al fomentar el desarrollo y crecimiento económico del país; su competitividad internacional; la integración del Territorio Nacional, y el disfrute de los derechos de las personas y constituye un elemento de la soberanía y seguridad del Estado. En razón de ello, el desarrollo de las acciones antes indicadas constituye una **función pública** que se ejerce a través de las entidades y organismos **competentes** del orden nacional, departamental, municipal o distrital, directamente o con la participación de los particulares”. (Negrilla fuera de texto).

Se evidencia de esta forma que, en tanto los proyectos de infraestructura portuaria corresponden al interés general, se justifica, en los términos de la Ley 1682 de 2013

en concordancia con el artículo 58 C.P., la expropiación de los inmuebles (“*terrenos adyacentes*”) que conforman el proyecto de infraestructura “Puerto Industrial Aguadulce,” toda vez que se trata de un conjunto necesario para su desarrollo y la prestación eficiente del servicio o actividad portuaria.

2. Los proyectos de infraestructura

Si bien la ley define infraestructura, noción que debe entenderse dentro del contexto de conjunto arriba explicado, no hace lo propio con la locución “proyecto”. Una aproximación al tema se encuentra en el Decreto 2844 de 2010, “por el cual se reglamentan normas orgánicas de presupuesto y del plan nacional de desarrollo”, que en su artículo 5 dispone:

“Artículo 5. Proyectos de inversión pública. Los proyectos de inversión pública contemplan actividades limitadas en el tiempo, que utilizan total o parcialmente recursos públicos, con el fin de crear, ampliar, mejorar, o recuperar la capacidad de producción o de provisión de bienes o servicios por parte del Estado”.

Como puede advertirse el proyecto de inversión hace relación a un conjunto de actividades que de manera general impactan la capacidad de producción de una economía, aspecto que resulta concordante con el artículo 5 de la Ley 1682 arriba explicado. En este orden de ideas resulta útil acudir a la ciencia económica¹³ para entender mejor el alcance de la locución “*proyecto de inversión*”:

“Conjunto autónomo de inversiones, políticas y medidas institucionales y de otra índole diseñadas para lograr un objetivo (o conjunto de objetivos) de desarrollo en un período determinado, o solucionar un problema o satisfacer una necesidad”¹⁴. (Paréntesis textual).

Y en la doctrina especializada se describe proyecto de inversión como:

“Un paquete (...) de inversiones, insumos y actividades diseñado con el fin de eliminar o reducir varias restricciones al desarrollo, para lograr uno o más productos o beneficios, en términos del aumento de la productividad y del mejoramiento de la calidad de vida de un grupo de beneficiarios dentro de un determinado período de tiempo”¹⁵

Por último, si se acude al sentido natural y obvio de la palabra “proyecto”, el Diccionario de la Real Academia lo define como “**Conjunto de escritos, cálculos y dibujos que se hacen para dar idea de cómo ha de ser y lo que ha de constar una obra de arquitectura o de ingeniería**”¹⁶.

Conforme a lo expuesto, no cabe duda de que el “Puerto Industrial Aguadulce” - según la Ley 1682 de 2013, el contrato de concesión 010 de 2007 y el otrosí No. 02 de 2009- constituye un proyecto de infraestructura portuaria de servicio público orientado a la satisfacción de los requerimientos y necesidades del transporte y el

¹³ Sostiene la doctrina internacional que una infraestructura de transporte adecuada es clave para el desarrollo económico, no sólo por sus efectos directos sobre la actividad económica del país, sino también por sus efectos indirectos sobre la productividad. Diversos estudios demuestran la estrecha relación que existe entre infraestructura y crecimiento económico, a tal punto que la reducción de la inversión pública en infraestructura es un factor determinante para la caída de la productividad de un Estado. Aschauer, D. (1989 b), *Public Investment and Productivity Growth in the Group of Seven*. Economic Perspectives, Vol 13. 13 (5), pp 17-25. Tomado de la exposición de motivos del proyecto que concluyó con la expedición de la Ley 1682 de 2013.

¹⁴ Departamento Nacional de Planeación. Banco Nacional de Programas y Proyectos.

¹⁵ MOKAKE, Karen Marie. Evaluación Financiera de Proyectos de Inversión. Universidad de los Andes, Facultad de Economía. Bogotá, 1998.

¹⁶ www.rae.es. Consultado el 17 de febrero de 2014.

comercio nacional e internacional, cuyo horizonte de tiempo es de 30 años, sujeto a las inversiones determinadas en el citado contrato.

Dicho proyecto está compuesto por un conjunto de elementos entre los que se destacan para los fines de este concepto, los bienes entregados en concesión que incluyen el sector de playa, los terrenos de bajamar y las zonas marítimas accesorias a aquellas o estos (zona de uso público) que se encuentran ubicados en la bahía interior de Buenaventura para la construcción del puerto, así como los “terrenos adyacentes” en donde se realizará la construcción de infraestructura básica de apoyo a las operaciones portuarias (incluye, según el contrato, “vías internas, servicios, oficinas, pavimentación de patios, bodegas, silos, tanques, tuberías, oficinas, talleres”, entre otros).

Aunque tales bienes pueden identificarse e individualizarse su utilidad en el proyecto “Puerto Industrial Aguadulce” deriva de la función específica en que se relacionan de manera que unos están en función de los otros y conforman el conjunto denominado “proyecto de infraestructura”, razón por la cual puede aplicarse la Ley 1682 de 2013 para el ejercicio de la potestad pública de expropiación, según se explica enseguida.

3. La expropiación prevista en la Ley 1682 de 2013 frente al artículo 16 de la ley 1 de 1991

El título VI de la Ley 1682 regula la “Gestión y adquisición prediales, gestión ambiental, activos y redes de servicios públicos, de TIC y de la industria del petróleo, entre otros y permisos mineros y servidumbres”. A su vez el capítulo I ibídem, se denomina “Gestión y Adquisición Predial”. A juicio de la Sala con la entrada en vigencia de la Ley 1682 de 2013 el artículo 16 de la Ley 1 de 1991 se encuentra derogado tácitamente por los artículos 19, 20 y 31 de la Ley 1682. El siguiente cuadro comparativo sustenta las razones que más adelante se exponen, en relación con la derogatoria tácita mencionada:

LEY 1682 DE 2013	LEY 1 DE 1991
<p>Artículo 19. Definir como un motivo de utilidad pública e interés social la ejecución y/o desarrollo de proyectos de infraestructura del transporte a los que se refiere esta ley, así como el desarrollo de las actividades relacionadas con su construcción, mantenimiento, rehabilitación o mejora, quedando autorizada la expropiación administrativa o judicial de los bienes e inmuebles urbanos y rurales que se requieran para tal fin, de conformidad con el artículo 58 de la Constitución Política.</p> <p>Artículo 20. La adquisición predial es responsabilidad del Estado y para ello la entidad pública responsable del proyecto podrá adelantar la expropiación administrativa con fundamento en el motivo definido en el artículo anterior, siguiendo para el efecto los procedimientos previstos en las Leyes 9ª de 1989 y 388 de 1997, o la expropiación judicial con fundamento en el mismo motivo, de conformidad con lo previsto en las Leyes 9ª de 1989, 388 de 1997 y 1564 de 2012.</p> <p>En todos los casos de expropiación,</p>	<p>Artículo 16. Expropiación y aporte de terrenos aledaños. Se declara de interés público la adquisición de los predios de propiedad privada necesarios para establecer puertos. Si la sociedad a la que se otorga una concesión portuaria no es dueña de tales predios, deberá iniciar conversaciones con las personas que aparezcan como titulares de derechos reales sobre ellos, para conseguir que voluntariamente los vendan o aporten a la sociedad. Transcurridos treinta días a partir del momento en el que se comunicó a los titulares de derechos reales la intención de negociar con ellos, si la negociación no ha sido posible, se considerará fracasada y la Nación, a través del Superintendente General de Puertos, o cualquier entidad pública capacitada legalmente para ser socia de una sociedad portuaria, podrá expedir un acto administrativo y ordenar la expropiación.</p> <p>Ejecutoriado el acto administrativo que ordene la expropiación, la</p>

<p>incluyendo los procesos de adquisición predial en curso, deben aplicarse las reglas especiales previstas en la presente ley.</p> <p>La entidad responsable del proyecto de infraestructura deberá inscribir las afectaciones en el respectivo folio de matrícula inmobiliaria de los predios requeridos para la expansión de la infraestructura de transporte para el mediano y largo plazo y en cuanto sea viable presupuestalmente podrá adquirirlos. Para este caso, las afectaciones podrán tener una duración máxima de doce (12) años.</p> <p>Parágrafo 1. La adquisición de predios de propiedad privada o pública necesarios para establecer puertos, se adelantará conforme a lo señalado en las reglas especiales de la Ley 1° de 1991 o aquellas que la complementen, modifiquen o sustituyan de manera expresa.</p> <p>Parágrafo 2°. Debe garantizarse el debido proceso en la adquisición de predios necesarios para el desarrollo o ejecución de los proyectos de infraestructura de transporte, en consecuencia, las entidades públicas o los particulares que actúen como sus representantes, deberán ceñirse a los procedimientos establecidos en la ley, respetando en todos los casos el derecho de contradicción.</p> <p>Artículo 31. <i>Ejecutoriedad del acto expropiatorio.</i> El acto administrativo por medio del cual la entidad 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.</p> <p>Contra el acto administrativo que decida la expropiación solo procede el recurso de reposición el cual se concederá en el efecto devolutivo". (La negrilla es de la Sala)</p>	<p>entidad pública dispondrá de treinta días para presentar demanda de expropiación ante el Tribunal que ejerza jurisdicción en el territorio donde se encuentra el predio. Al cabo de ese término caducará la facultad de pedir judicialmente la expropiación con base en el acto administrativo mencionado. El procedimiento de expropiación de que habla este artículo, se seguirá con arreglo a lo dispuesto en el libro 3, sección primera, título XXIV, del Código de Procedimiento Civil, y las normas que lo complementan o sustituyan, salvo en lo siguiente:</p> <p>16.1. Con la demanda se presentarán no sólo los anexos señalados por la Ley, sino todos los antecedentes del acto administrativo que ordenó la expropiación.</p> <p>16.2. La entrega de los inmuebles podrá ordenarse en el auto admisorio de la demanda, cuando el demandante así lo solicite, y consigne a órdenes del Tribunal, como garantía del pago de la indemnización, una suma igual al avalúo catastral vigente más un 50%.</p> <p>16.3. De la demanda se dará traslado al demandado por diez días.</p> <p>16.4. En la sentencia el Magistrado se pronunciará también sobre las pretensiones de nulidad, restablecimiento del derecho y reparación del daño que hubieren presentado en reconvención los demandados al contestar la demanda. Si prosperare la pretensión de nulidad, se abstendrá de decretar la expropiación.</p> <p>Los predios de las entidades públicas que sean necesarios para establecer puertos también podrán ser expropiados por este procedimiento, si sus representantes no desean venderlos o aportarlos voluntariamente. Pero antes de dictar el acto administrativo que ordene la expropiación será preciso que el Consejo de Política Económica y Social resuelva que esos predios no están prestando servicios, o que si lo están prestando, su uso para fines portuarios reporta mayor utilidad social. (La negrilla es de la Sala)</p>
--	---

La simple comparación de las normas transcritas permite deducir que tratan al menos tres materias esenciales para resolver la consulta que ocupan la atención de la Sala:

- a. La potestad de expropiar por motivos de utilidad pública e interés social predios de propiedad privada requeridos para proyectos de infraestructura, incluida la portuaria, de conformidad con el artículo 58 CP;
- b. La competencia para ejercer esa potestad estatal, y
- c. El procedimiento de expropiación. En este punto es importante precisar que la Ley 1682 regula integralmente el procedimiento de expropiación por vía administrativa o judicial, mientras que la ley 1 de 1991 sólo se refiere al aplicable a la vía judicial.

Y ello es así por la sencilla pero indiscutible razón de que la Ley 1 fue expedida en vigencia de la Constitución de 1886 que sólo permitía la expropiación por vía judicial -esto es mediante sentencia judicial e indemnización previa-, y es en dicho contexto en el que en su momento debió entenderse el artículo 16 de la Ley 1.

En consecuencia, frente a las materias arriba señaladas puede concluirse lo siguiente:

- 1) Expropiación por vía administrativa: Como la Ley 1 de 1991 no reguló la expropiación por vía administrativa, debe aplicarse la Ley 1682 de 2013 que desarrolla en forma especial e integral ese tipo de expropiación para los proyectos de infraestructura. Y en lo allí no regulado, como por ejemplo aspectos procedimentales o lo relativo a la acción contencioso administrativa **posterior**, se deberá aplicar lo previsto en la Ley 388 de 1997 (Artículos 63 a 72), por expresa remisión del artículo 20 de la Ley 1682.

No sobra señalar que respecto al trámite y decisión del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho contra el acto de expropiación también deberá observarse, en lo pertinente, el CPACA.

Se resalta que por virtud del artículo 31 de la Ley 1682 el acto que ordena la expropiación por vía administrativa será de aplicación inmediata, gozará de fuerza ejecutoria y ejecutiva y contra dicho acto administrativo sólo procede el recurso de reposición que se concederá en el efecto devolutivo.

La autoridad competente para expedir dicho acto administrativo es la *“entidad pública responsable del proyecto”*, comoquiera que el artículo 20 de la ley 1682 asignó el riesgo predial al Estado, en la medida en que se encuentra en una mejor posición jurídica de gestionarlo, precisamente con instrumentos como la expropiación por vía administrativa o judicial¹⁷.

- 2) Expropiación por vía judicial: A juicio de la Sala el artículo 16 de la Ley 1 de 1991, que regulaba la materia¹⁸ respecto de la infraestructura portuaria,

¹⁷ En la exposición de motivos del proyecto de Ley, claramente se advierte la necesidad de contar con una **normativa moderna y ágil en la materia**, particularmente en lo relacionado con la adquisición predial, tema central de la consulta. En efecto allí se sostiene: “La presente Ley busca como objetivo general construir un **marco normativo** que brinde algunas herramientas al sector para superar el notorio atraso que el país presenta en infraestructura de transporte. Lo anterior significa adoptar medidas que faciliten y viabilicen construir y mantener, o continuar con mayor **eficiencia** la construcción de una red de transporte moderna para el país.

De manera específica la Ley 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”. Gaceta del Congreso No. 137, 2013, Senado. (Resalta la Sala).

¹⁸ Que el artículo 16 de la Ley 1 de 1991 regula exclusivamente la expropiación por vía judicial fue sostenido, ya en vigencia de la Constitución de 1991, por la Corte Constitucional en la Sentencia C – 531 de 1996, mediante la cual decidió la demanda de inconstitucionalidad presentada sobre las locuciones *“Tribunal”* del inciso segundo y del numeral 16.2, y la totalidad del numeral 16.4.

quedó derogado tácitamente¹⁹ a partir de la vigencia de la Ley 1682 de 2013. La anterior conclusión se fundamenta en los siguientes argumentos:

- i)* La mención efectuada por el artículo 16 al “acto administrativo que *ordene* la expropiación” debe entenderse como el acto que da inicio a los trámites para la expropiación judicial. La disposición final de ese inciso indica: “Al cabo de ese término (30 días de ejecutoriado el acto administrativo que da inicio a los trámites de expropiación) caducará la **facultad de pedir judicialmente la expropiación** con base en el acto administrativo mencionado”. (Paréntesis y negrilla fuera de texto). Cuando la norma a partir del segundo inciso menciona la “*presentación de la demanda de expropiación*”, se está refiriendo a la vía ordinaria judicial, es decir que la expropiación se decretará mediante sentencia judicial;
- ii)* Nótese que ese segundo inciso del artículo 16 establece un nexo causal entre la “presentación de la demanda” que dará lugar a un proceso judicial y la sentencia que se proferirá a la culminación del mismo, mediante la que se decretará la expropiación.
- iii)* La Ley 1682 desarrolla para los proyectos de infraestructura, incluida la portuaria: - la potestad de expropiar por motivos de utilidad pública e interés social predios de propiedad privada mediante la vía judicial, en concordancia con el artículo 58 CP (artículo 19); - dispone que la competencia para ejercer esa potestad corresponde a la “*entidad pública responsable del proyecto*” (artículo 20); - indica de manera expresa como debe iniciar el trámite de expropiación por vía judicial (artículos 20 y 31), y - remite al procedimiento previsto en las Leyes 9ª de 1989, 388 de 1997 y 1564 de 2012, en cuanto a la expropiación por vía judicial (artículo 20).

Además el inciso 2 del artículo 20 de la ley 1682 dispone su aplicación inmediata a “*todos los casos de expropiación, incluyendo los procesos de adquisición predial en curso*”, desplazando de esta forma a cualquier norma anterior que hubiese regulado la materia.

- iv)* La derogatoria tácita o por comparación se presenta, según la jurisprudencia²⁰, cuando i) una norma jurídica posterior resulta incompatible con una anterior, o ii) cuando se produce una nueva regulación integral de la materia.

La Sala ha sostenido la aplicación del principio de interpretación temporal o criterio cronológico²¹, según el cual entre dos leyes especiales incompatibles entre sí prevalece la norma que haya sido expedida con posterioridad (“*lex posterior derogat legi priori*”). La utilización de este criterio cronológico la ordenan los artículos 2 y 3 de la Ley 153 de 1887²²,

La Corte, luego de analizar las clases de expropiación que prevé la Constitución Política vigente, afirmó que únicamente cuando se trata de expropiación ordinaria se decide sobre su procedencia y aplicación en los estrados judiciales por demanda que presente la Administración en los términos que la ley contemple y con base en los motivos de utilidad pública o interés social que ella misma haya definido, siendo controvertible en el curso del proceso, además del monto de la indemnización, los motivos de ley para expropiar y su observancia por parte de la Administración las disposiciones legales pertinentes.

¹⁹ Código Civil, artículo 71. “La derogación de las Leyes podrá ser expresa o tácita.(...)// Es tácita cuando la nueva Ley contiene disposiciones que no pueden conciliarse con las de la Ley anterior.//La derogación de una Ley puede ser total o parcial”.

²⁰ Cfr. Por todas, Corte Constitucional Sentencia C – 823 de 2006.

²¹ Ver, entre otros, el concepto 2152 – 2161 del 18 de julio de 2013.

²² Ley 153 de 1887: “Artículo 2. La Ley posterior prevalece sobre la Ley anterior. En caso de que una Ley posterior sea contraria a otra anterior, y amabas preexistentes al hecho que se juzga, se aplicará la Ley posterior”.

“Artículo 3. Estímase insubsistente una disposición legal por declaración expresa del legislador, o por incompatibilidad con disposiciones especiales posteriores, o por existir una Ley nueva que regule íntegramente la materia a que la anterior disposición se refería” (Destaca la Sala).

y se concreta en que la norma posterior se impone sobre la norma precedente que le resulta contraria y, ante tal incompatibilidad, la posterior deberá ser aplicada. La misma Ley 1682 de 2013 en el artículo 64 reproduce la regla para el caso específico, así:

“Artículo 64. En caso de contradicción entre la presente norma y otra de igual jerarquía, prevalecerán las disposiciones que se adoptan mediante la presente ley, por ser una norma especial para la infraestructura de transporte”.

Por tanto, la mención que se hace de la Ley 1 de 1991 en el párrafo 1 del artículo 20 de la Ley 1682, sólo produce efectos en tanto existan vacíos en la Ley 1682 que en lo pertinente deban ser llenados con lo dispuesto en la Ley 1. En este sentido es preciso recordar que el artículo 14 de la Ley 153 de 1887 dispone que *“una ley derogada no revivirá por las solas referencias que a ella se hagan...”*, por lo que a juicio de la Sala lo tocante a la *potestad estatal* específica de expropiar predios necesarios para proyectos de infraestructura portuaria, autoridad pública competente y procedimiento a seguir, incluido el acto administrativo que da inicio a la expropiación, ha sido modificado o fijado por una norma posterior y especial como lo es la Ley 1682 en los artículos 19, 20, 31, 64 y 73, entre otros. Existe pues una clara incompatibilidad entre estas normas y lo dispuesto en el artículo 16 de la Ley 1 de 1991, por lo que el citado artículo 16 se encuentra derogado.

Abundando en argumentos para sostener la derogatoria tácita del citado artículo 16, anota la Sala que con la Ley 1682 de 2013 se ha expedido una normativa especial e integral en materia de infraestructura de transporte, la cual incluye la infraestructura portuaria por expresa disposición de esa misma ley, por lo que de allí se deriva una prevalencia normativa en tales materias, respecto de las demás leyes que en el pasado las regularon, según lo dispone expresamente el artículo 64 *ibídem*, razón de más para sostener la derogatoria tácita señalada.

La aplicación prevalente de la Ley 1682 no sólo se fundamenta en las reglas de interpretación antes explicadas, sino también en las reglas de la experiencia que demuestran que el legislador expide una nueva ley para mejorar o, si es el caso, solventar las deficiencias de la legislación anterior, considerando que el derecho como ciencia social debe estar en consonancia con el desarrollo de la sociedad en todos sus aspectos (culturales, económicos, tecnológicos, etc.) con miras a lograr el bien común. El Estado no puede quedar anclado a normas jurídicas que, ante el avance económico y social, no permiten la observancia de los principios constitucionales de prevalencia del interés general sobre el particular, economía y eficiencia administrativa²³, y por lo mismo impiden el cumplimiento de los fines de la contratación estatal.

²³ Tesis que coincide con la justificación del proyecto de Ley en su exposición de motivos: “...el marco normativo actual **no responde** de manera adecuada **al reto de desarrollar con agilidad los grandes proyectos de conectividad y competitividad que necesita el país**. Es necesario entonces un marco normativo que remueva los obstáculos y ‘cuellos de botella’ existentes, que desincentive la litigiosidad en los contratos, que promueva la inversión en los proyectos, que incentive su ejecución pronta y que incremente el direccionamiento y control de las entidades para asegurar la primacía del interés general.

Este proyecto de Ley contiene instrumentos para que se puedan solucionar los conflictos sin que se tenga que acudir a la justicia contenciosa (...). De otro lado, contiene una serie de soluciones normativas para hacer más efectiva la compra de inmuebles por parte del Estado bajo la premisa que se garantice su disponibilidad y se respeten los derechos de los propietarios en las instancias administrativas o judiciales pertinentes”. Gaceta del Congreso No. 137, 2013, Senado. (Ibídem).

Ahora bien, dado que una de las preguntas formuladas alude a la utilización del artículo 83 de la Ley 1450 de 2011²⁴, es preciso indicar que dicho artículo fue **derogado** expresamente²⁵ por el artículo 73 de la Ley 1682 de 2013²⁶.

Conforme a lo expuesto, y considerando que a la fecha en que se expide este concepto se requiere proceder a la expropiación de los “*terrenos adyacentes*” que conforman el proyecto de infraestructura “Puerto Industrial Aguadulce”, surge la pregunta sobre cuál es en la actualidad la autoridad pública responsable de dicho proyecto y por ende la competente para expedir el acto administrativo de expropiación.

E. Decreto - Ley 4165 de 2011

“Por el cual se cambia la naturaleza jurídica, cambia de denominación y se fijan otras disposiciones del Instituto Nacional de Concesiones -INCO”²⁷ dispuso:

“Artículo 1. Cámbiase la naturaleza jurídica del Instituto Nacional de Concesiones -INCO de establecimiento público a Agencia Nacional Estatal de Naturaleza Especial, del sector descentralizado de la Rama Ejecutiva del Orden Nacional, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, financiera y técnica, que se denominará Agencia Nacional de Infraestructura, adscrita al Ministerio de Transporte”.

En las consideraciones se dijo que dicho cambio se realizaba con el fin de lograr mayor eficiencia y eficacia en la administración de la infraestructura del país, así como para fortalecer la vinculación de capital privado a los proyectos asociados con la infraestructura del sector transporte y el desarrollo de las asociaciones público privadas, y hacer coherente la organización y funcionamiento de la administración de los proyectos de infraestructura para adaptarla a las condiciones del mercado y otorgarle la estructura acorde con las actuales necesidades y potencialidades del país.

En cuanto al objeto de la Agencia Nacional de Infraestructura - ANI, el artículo 3 establece:

“Artículo 3. Objeto. Como consecuencia del cambio de naturaleza, la Agencia Nacional de Infraestructura, tendrá por objeto planear, coordinar, estructurar, contratar, ejecutar, administrar y evaluar **proyectos de concesiones** y otras formas de Asociación Público Privada -APP, para el diseño, construcción, mantenimiento, operación, administración y/o explotación de **la infraestructura pública de transporte en todos sus modos y de los servicios conexos o relacionados** y el desarrollo de proyectos de asociación público privada para otro tipo infraestructura pública cuando así lo determine expresamente el Gobierno Nacional respecto de infraestructuras semejantes a las enunciadas en este artículo, dentro del respeto a las normas que regulan la distribución de funciones y competencias y su asignación”. (Se resalta)

²⁴ “**Artículo 83. Motivos de utilidad pública.** Para efectos de decretar su expropiación, además de los motivos determinados en otras Leyes vigentes, declárese de utilidad pública o interés social los bienes inmuebles necesarios para la ejecución de proyectos de infraestructura de transporte. Para estos efectos, el procedimiento para cada proyecto de infraestructura de transporte diseñado será el siguiente...”.

²⁵ Código Civil, Artículo 71. “La derogación de las Leyes podrá ser expresa o tácita.//Es expresa cuando la nueva Ley dice expresamente que deroga la antigua (...)//La derogación de una Ley puede ser total o parcial”.

²⁶ “Artículo 73. La presente ley rige a partir de su sanción y publicación en el Diario Oficial y deroga (...) el artículo 83 de la Ley 1450 de 2011; parágrafos 1 y 2 del artículo 87 de la Ley 1474 de 2011; y las demás disposiciones que le sean contrarias”.

²⁷ Diario Oficial 48.242 del 3 de noviembre de 2011

Como ha quedado dicho, el “Puerto Industrial Aguadulce” -según la Ley 1682 de 2013, el contrato de concesión 010 de 2007 y el otrosí No. 02 de 2009- constituye un proyecto de infraestructura portuaria de servicio público orientado a la satisfacción de los requerimientos y necesidades del transporte y el comercio nacional e internacional, y por lo mismo se enmarca dentro del objeto funcional asignado a la ANI, o competencia por el factor material (*“ratione materiae”*), que como se dijo en el punto B de este concepto, se refiere a las tareas que legalmente puede desempeñar el órgano, según el carácter de la actividad encomendada por el ordenamiento jurídico para el logro de los fines del Estado.

Llama la Sala la atención sobre la locución *“servicios conexos o relacionados”*, toda vez que se encuentra definida en el artículo 27 de la Ley 336 de 1996²⁸ de la siguiente manera:

“Artículo 27. Se consideran como servicios conexos al de transporte público los que se prestan en las terminales, puertos secos, aeropuertos, puertos o nodos y estaciones, según el modo de transporte correspondiente. (...)”. (Ibídem).

La calificación de “conexos” es explícita en cuanto a la forma de relación que une esos servicios con el de transporte, y guarda coherencia con la palabra “conjunto”²⁹ empleada por las disposiciones legales. Es claro y así lo ha recogido de manera invariable el legislador, que el transporte requiere de una organización y de una infraestructura física, tecnológica y de servicios que hagan posible el desplazamiento de las personas y las cosas, y que tal conjunto de bienes y servicios es igualmente sujeto de regulación, vigilancia y control estatales, y su prestación debe ser regular, permanente y continua.

En consecuencia, no cabe duda de que la competencia material asignada a la ANI abarca los *“terrenos adyacentes”* que conforman el proyecto de infraestructura “Puerto Industrial Aguadulce”, en los que se realizará la construcción de infraestructura básica de apoyo a las operaciones portuarias (incluye, según el contrato, “vías internas, servicios, oficinas, pavimentación de patios, bodegas, silos, tanques, tuberías, oficinas, talleres”, entre otros), comoquiera que dicha infraestructura prestará un servicio conexo al puerto concesionado, en los términos legales arriba definidos.

Así, dentro del amplio objeto asignado a la ANI el artículo 4 ordena lo siguiente:

“Artículo 4. Funciones Generales. Como consecuencia del cambio de naturaleza, son funciones generales de la Agencia Nacional de Infraestructura: (...)
10. Adelantar los procesos de expropiación administrativa o instaurar las acciones judiciales para la expropiación, cuando no sea posible la enajenación voluntaria de los inmuebles requeridos para la ejecución de los proyectos a su cargo.

Por su parte, el artículo 25 del Decreto 4165 de 2011 establece:

²⁸ “Por la cual se adopta el estatuto nacional de transporte”.

²⁹ Artículo 6 Ley 336 de 1996: “Por actividad transportadora se entiende un conjunto organizado de operaciones tendientes a ejecutar el traslado de personas o cosas, separada o conjuntamente, de un lugar a otro, utilizando uno o varios modos, de conformidad con las autorizaciones expedidas por las autoridades competentes basadas en los reglamentos del Gobierno Nacional.” [Los modos de transporte corresponde al terrestre, fluvial, marítimo, aéreo, férreo”.

“Artículo 25. Derechos y obligaciones. Los derechos y obligaciones que a la fecha de expedición del presente decreto tenga el Instituto Nacional de Concesiones INCO, continuarán a favor y a cargo de la Agencia Nacional de Infraestructura”.

De esta manera, si en desarrollo de un proyecto de infraestructura como el que se deriva del contrato de concesión portuaria 010 de 2007 a cargo de la ANI, se requiere ejercer la *potestad* estatal de expropiación administrativa, la ANI es la competente para expedir el acto administrativo correspondiente con base en los artículos 3 y 4, numeral 10, del Decreto - Ley 4165 de 2011, en concordancia con los artículos 20 y 31 de la Ley 1682 de 2013.

Igualmente la ANI se encuentra legitimada para instaurar las acciones judiciales tendientes a la expropiación ordinaria por vía judicial.

Advierte la Sala que del análisis de la Ley 1682 de 2013, así como del Decreto Ley 4165 de 2011, la potestad de expropiar por vía administrativa o judicial y la competencia de la *entidad pública responsable del proyecto* para proceder a la expropiación, no se encuentra sujeta o condicionada a que la entidad correspondiente se encuentre “capacitada para ser socia” de una sociedad portuaria como en su momento lo preveía el artículo 16 de la Ley 1 de 1991.

F. Destino del bien expropiado por vía administrativa. Modificación del contrato de concesión portuaria

La expropiación administrativa por parte de la ANI de los “*terrenos adyacentes*” en donde se realizará la construcción de infraestructura básica de apoyo a las operaciones portuarias (incluye, según el contrato, “vías internas, servicios, oficinas, pavimentación de patios, bodegas, silos, tanques, tuberías, oficinas, talleres”, entre otros), se encuentra sustentada en el artículo 58 de la Constitución Política y los desarrollos de la Ley 1682 de 2013 en relación con los proyectos de infraestructura, según se ha explicado.

Como lo ha señalado la Corte Constitucional, el contrato de concesión portuaria tiene sustento en los artículos 365 y 366 de la Constitución Política, a cuyo tenor es obligación del Estado asegurar la prestación eficiente y eficaz de los servicios públicos, entre ellos, el de transporte marítimo. Mediante el incentivo a la inversión privada en el sector portuario, el Estado asegura el cumplimiento del deber de garantizar la adecuación de la infraestructura portuaria a las especificaciones técnicas y tecnológicas necesarias para atender las exigencias del creciente comercio internacional, conforme a los requerimientos planteados por la globalización de los mercados³⁰.

El Estado al celebrar los contratos y mediante su ejecución busca el cumplimiento de los fines estatales y la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y, en consecuencia, la efectividad de los derechos e intereses de los ciudadanos. En este sentido, uno de los principios que rige la ejecución de los contratos estatales es la *mutabilidad*, según el cual el contrato puede sufrir cambios para satisfacer las exigencias del interés general. Obviamente para que la modificación se ajuste a derecho debe existir una motivación real y cierta que la sustente.³¹

Dado que la ley no define lo que debe entenderse por “adición” de un contrato estatal, la jurisprudencia y la doctrina han sido las encargadas de perfilar el significado de dicho concepto³². El Consejo de Estado se ha ocupado de este asunto

³⁰ Sentencia C – 068 de 2009

³¹ Conceptos 1952 de 2009 y 2150 de 2013, entre otros.

³² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 15 de julio de 2004. Exp. 76001-23-31-000-2002-1164-02(AP); No. Interno 22.178. Actor: Unión Temporal Hidrocaña. En el mismo sentido ver fallo dictado el día 22 de abril de 2004. Radicación: 07001-23-31-000-1997-0132-01. Referencia: No. interno: 14.292; Consejo de Estado, Sala de Consulta y

para determinar la forma como debe contabilizarse y controlarse el límite a la adición de los contratos establecido en el párrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, especialmente en los contratos de obra.

La Sala en el concepto 2148 del 23 de agosto de 2013, considerando la jurisprudencia y la doctrina citadas, sostuvo que la *adición de los contratos estatales* consiste en una modificación a los mismos para: **i)** agregar al objeto inicial del contrato bienes, obras, servicios o actividades no previstas inicialmente en dicho objeto, pero que guardan una estrecha relación con el mismo y se requieren para su debida ejecución y, en últimas, para el logro de la finalidad perseguida con el contrato, y/o **ii)** modificar el precio del contrato, entendido éste como el precio global acordado, los precios unitarios, el valor de los honorarios reconocidos al contratista etc., según la modalidad de remuneración pactada, siempre que dicho ajuste tenga un fundamento legal, técnico y económico, y no se trate de la simple actualización de los precios estipulada inicialmente por las partes (cláusulas de actualización o reajuste de valor) o de la revisión de los mismos por el acaecimiento de hechos sobrevinientes extraordinarios o imprevisibles (teoría de la imprevisión, hecho del príncipe etc.)

Según los supuestos fácticos de la consulta, con posterioridad a la celebración del contrato de concesión No. 010 de 2007, mediante providencia judicial se desvirtuó la propiedad sobre los “*terrenos adyacentes*” al área concesionada que inicialmente habían sido acreditados como propios por la sociedad concesionaria. Verificada dicha circunstancia sobreviniente y no imputable a la entidad estatal contratante, y considerando que las obras allí proyectadas le prestarían un servicio directo a la operación logística del puerto concesionado, se determinó por las partes la necesidad de “incluirlos” nuevamente en el contrato de concesión (otrosí aclaratorio No. 02), con el fin de proceder a su expropiación.

Se entiende entonces que la expropiación tiene como destino permitir el desarrollo del proyecto de infraestructura denominado “Puerto Industrial Aguadulce” y la prestación eficiente, oportuna y continua del servicio público portuario³³. De esta manera, una vez se materialice la expropiación, en los términos expuestos en este concepto, se requerirá realizar una adición al citado contrato que permita incorporar materialmente los inmuebles al proyecto. Por tratarse de una operación emergente que genera costos imprevistos para el Estado, la mencionada incorporación tendrá que hacerse a título oneroso e implicará convenir con el concesionario la contraprestación correspondiente a favor de la ANI.

Las razones de utilidad pública e interés social que presiden la expropiación de los “*terrenos adyacentes*” dada su estrecha relación con la ejecución y/o desarrollo del proyecto de infraestructura que prestará un servicio conexo en los términos de la Ley 336 de 1996, indican que su destino no puede ser modificado. Sin perjuicio de que la expropiación defiere la titularidad del bien a la ANI, esta agencia estatal

Servicio Civil. Concepto N° 1121 del 26 de agosto de 1998. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto N° 1439 del 18 de julio de 2002.

³³ La Corte Constitucional en la Sentencia C – 300 de 2012 al declarar condicionalmente exequible el artículo 28 de la Ley 1150 de 2007, tanto en la parte resolutive del fallo como en los argumentos contenidos en la parte considerativa que sirvieron de fundamento directo para tal decisión explicó de la siguiente forma lo que entendía por “obras adicionales o accesorias”, teniendo en cuenta la naturaleza y las particularidades jurídicas y económicas del contrato de concesión: “*Como se indicó en apartes previos... la relación del contrato de concesión con la prestación de un servicio público genera que su objeto sea amplio, aunque no ilimitado, pues no solamente incluye la construcción de una obra pública destinada al uso público o a la prestación de un servicio público, sino también las actividades necesarias para su funcionamiento adecuado, continuo y eficiente, incluido su mantenimiento durante el término de la concesión y su adecuación a las nuevas exigencias de la prestación del servicio. Estas últimas son llamadas “obras accesorias” y pueden comprender la proyección, ejecución, conservación, reposición y reparación de: (a) obras complementarias necesarias para que la obra principal cumpla su finalidad y sea debidamente aprovechada, (b) obras necesarias para adaptar y modernizar la obra principal a nuevas exigencias técnicas y funcionales; y (c) obras para la reparación y reposición de la obra principal, cuando sea necesario*”.

deberá convenir con la sociedad concesionaria la ocupación y utilización de tales “terrenos adyacentes”, en forma temporal y exclusiva. Constitucionalmente la expropiación, como se ha explicado, está prevista a favor del interés general que representa el Estado y no en beneficio de los intereses de los particulares.

Además, el régimen jurídico del bien expropiado, dada su inescindible relación con el objeto principal concesionado, corresponde al del contrato de concesión y, por lo mismo, las obras o desarrollos logísticos que se construyan sobre él deben revertir a la Nación al término de la concesión³⁴.

La posición expuesta tiene pleno sustento en el numeral 2 del artículo 14 de la Ley 80 de 1993 que exige la inclusión de la cláusula de reversión³⁵ en los contratos de concesión, del cual el de concesión portuaria es una especie, en concordancia con el artículo 8 de la Ley 1 de 1991, que dispone:

“Artículo 8º. Plazo y reversión. El plazo de las concesiones será de veinte años por regla general. Las concesiones serán prorrogables por períodos hasta de 20 años más y sucesivamente. Pero excepcionalmente podrá ser mayor, a juicio del Gobierno, si fuere necesario para que en condiciones razonables de operación, las sociedades portuarias recuperen el valor de las inversiones hechas, o para estimularlas a prestar servicio al público en sus puertos.

Todas las construcciones e inmuebles por destinación que se encuentren habitualmente instalados en las zonas de uso público objeto de una concesión serán cedidos gratuitamente a la Nación, en buen estado de operación, al terminar aquélla”.

En la misma línea expresada por la Sala, la Corte Constitucional también ha considerado que la cláusula de reversión “...constituye un elemento ínsito del contrato de concesión, y los argumentos que se ofrecen apuntan precisamente a justificarla con razones de orden constitucional, ligadas a la garantía de la adecuada prestación del servicio público y de la prevalencia del interés general”³⁶.

Por último, es preciso indicar que en la comunicación de la ANI radicada en la Sala el pasado 17 de febrero se afirmó que el área correspondiente al predio donde se construirá la vía de acceso al puerto ya fue expropiada por el INVIAS, comoquiera que hace parte de una vía no concesionada de la red vial nacional. Ante ese hecho consumado la determinación de la competencia para expropiar ese bien se excluye de la consulta formulada por sustracción de materia y deja de ser menester la respuesta a la pregunta 6 de la consulta en este punto en particular.

No obstante, toda vez que en ella se plantea como supuesto de hecho la posibilidad de “entregar” el bien expropiado al concesionario, debe la Sala realizar la siguiente precisión: la carretera o vía de acceso al “Puerto Industrial Aguadulce” que se construirá en el terreno que ya fue expropiado por el INVIAS, corresponde a un bien de uso público (red vial nacional) y, por lo mismo, no es susceptible de apropiación por los particulares (Artículo 63 C.P.), lo que excluye la posibilidad de ser

³⁴ Sobre las diversas clases de bienes que se pueden hallar en la prestación del servicio concesionado se ha ocupado la doctrina extranjera, coincidiendo con lo sostenido por la Sala. Refiriéndose a tales bienes se alude: “(...) a una serie de elementos necesarios para el desarrollo de la actividad concedida, que la administración exige y el particular se compromete a aportar. **Forman parte integrante de la concesión y están afectos al servicio público, siguiendo el régimen exorbitante propio de esta clase de bienes...**”. Arimany Lamoglia, E. “La reversión administrativa de instalaciones en la concesión administrativa de servicio público”. Casa Editorial Bosch, Barcelona. Página 53. Cita tomado de la Sentencia C – 555 de 2013 de la Corte Constitucional.

³⁵ Ley 80 de 1993, artículo 19: “De la reversión. En los contratos de concesión o explotación de bienes estatales se pactará que, al finalizar el término de la explotación o concesión, los elementos y bienes directamente afectados a la misma pasen a ser propiedad de la entidad contratante, sin que por ello ésta deba efectuar compensación alguna”.

³⁶ Sentencia C – 250 de 1996. Tesis reiterada recientemente en la Sentencia C – 555 de 2013.

incorporada al contrato de concesión portuaria para el uso exclusivo del concesionario.

G. Reconocimiento de mejoras en el caso concreto

La pregunta 7 de la consulta hace relación a las mejoras que podrían reconocerse a los poseedores de los predios a expropiar para construir la vía de acceso al puerto. No obstante como se mencionó en el acápite anterior dicha expropiación ya fue adelantada por el INVIAS, y ante ese hecho consumado la respuesta a la pregunta 7 deja de ser menester por sustracción de materia.

Con base en las anteriores consideraciones

III. LA SALA RESPONDE:

- 1. “La Agencia Nacional de Infraestructura, tratándose de las concesiones portuarias cuya administración está a su cargo, es la competente para expedir el acto administrativo que ordene la expropiación, prevista en el inciso 1 del artículo 16 de la Ley 1 de 1991, en razón a lo dispuesto en el numeral 10 artículo 4 del Decreto 4165 de 2011. En caso de no ser esta entidad, ¿qué entidad sería la competente?”*
- 2. “Del mismo modo, la Agencia Nacional de Infraestructura tratándose de las concesiones portuarias cuya administración está a su cargo, es la competente para presentar la demanda de expropiación de los predios de propiedad privada necesarios para establecer puertos, ante el tribunal que ejerza la jurisdicción en el territorio donde se encuentren los mencionados predios, prevista en el inciso 2 del artículo 16 de la Ley 1 de 1991. En caso contrario, ¿Qué entidad ostentaría la competencia?”*
- 3. “¿En caso afirmativo, de conformidad con el inciso 1 del artículo 16 de la Ley 1 de 1991 y con las normas ya referidas, la Agencia Nacional de Infraestructura que en la actualidad asumió la función de expropiación a cargo de la otrora Superintendencia General de Puertos al expedir el acto administrativo e instaurar la respectiva demanda de expropiación, debe convertirse en socia de la sociedad portuaria o es necesario que cualquier otra entidad pública capacitada legalmente deba convertirse en socio de la sociedad portuaria para expedir el citado acto administrativo de expropiación e instaurar la respectiva demanda de expropiación? En los dos eventos planteados, ¿dicha condición de asociarse tiene como requisito sine qua non aportar a la sociedad portuaria los inmuebles expropiados?”*

En desarrollo de un proyecto de infraestructura como el que se deriva del contrato de concesión portuaria 010 de 2007 a cargo de la Agencia Nacional de Infraestructura, el ejercicio de la *potestad* estatal de expropiación por vía administrativa es competencia de dicha Agencia para lo cual expedirá el acto administrativo correspondiente con base en los artículos 3 y 4, numeral 10, del Decreto - Ley 4165 de 2011, en concordancia con los artículos 19, 20 y 31 de la Ley 1682 de 2013, sin que el ejercicio de esa competencia esté condicionado a un deber de asociarse con los particulares u otras entidades públicas.

El procedimiento vigente para la expropiación por vía administrativa se encuentra previsto de manera específica en la Ley 1682 de 2013 y, en lo no previsto en ella, en la Ley 388 de 1997 por expresa remisión que hace la ley 1682.

La Agencia Nacional de Infraestructura es competente para adelantar los trámites

tendientes a la expropiación ordinaria por vía judicial y a instaurar las acciones judiciales correspondientes con base en los artículos 3 y 4, numeral 10, del Decreto - Ley 4165 de 2011, en concordancia con los artículos 19, 20 y 31 de la Ley 1682 de 2013, toda vez que el artículo 16 de la Ley 1 de 1991 se encuentra tácitamente derogado por la Ley 1682, según las consideraciones expuestas en la parte motiva. El ejercicio de esta competencia no está condicionado a un deber de asociarse con los particulares u otras entidades públicas.

4. *“En el evento de que se expropie el referido inmueble, por corresponder a zonas adyacentes a la concesión, ¿el mismo deberá ser revertido a la Nación al finalizar el plazo de la Concesión Portuaria, en razón a la utilidad pública que motiva la expropiación, o por el contrario, haría parte del patrimonio de la sociedad portuaria?”*

Los “terrenos adyacentes” por expropiar, para realizar las obras o desarrollos necesarios que le prestarán un servicio directo a la operación logística del puerto concesionado, se encuentran afectos al proyecto de infraestructura “Puerto Industrial Aguadulce” en virtud de la motivación y finalidad constitucional de interés público y/o social que sustentará su expropiación, por lo que no puede variarse tal destino. De esta manera su titularidad debe permanecer en la ANI, toda vez que constitucionalmente la expropiación, como se ha explicado, está prevista a favor del interés general que representa el Estado y no en beneficio de intereses de los particulares. Sin perjuicio de que la expropiación defiere la titularidad del bien a la ANI, esta agencia estatal deberá convenir con la sociedad concesionaria la ocupación y utilización de tales “terrenos adyacentes”, en forma temporal y exclusiva, para los desarrollos logísticos inherentes al proyecto de infraestructura.

El régimen jurídico del bien expropiado, dada su inescindible relación con el objeto principal concesionado, corresponde al del contrato de concesión y, por lo mismo, las obras que se construyan sobre el deben revertir a la Nación al término de la concesión por expresa disposición de los artículos 14, numeral 2, y 19 de la Ley 80 de 1993, en concordancia con el artículo 8 de la Ley 1 de 1991.

5. *“¿Tratándose de proyectos de concesión portuaria se debe hacer uso de la expropiación de que trata el artículo 83 de la Ley 1450 de 2011 o por el contrario, se aplicaría lo previsto en el artículo 16 de la Ley 1 de 1991? En este último caso, a pesar de que el artículo 9° del Decreto 4735 de 2009 dispone que el solicitante deberá acreditar que dispone de los terrenos de propiedad privada aledaños necesarios para el desarrollo de la actividad para la cual se solicitó la concesión, acreditando el título del cual deriva dicha disposición, ¿puedo hacer uso de la figura de la expropiación?”*

El artículo 83 de la Ley 1450 de 2011 fue derogado expresamente por el artículo 73 de la Ley 1682 de 2013. Para la expropiación por vía administrativa el procedimiento a seguir se encuentra previsto de manera específica en la Ley 1682 de 2013 y en lo no previsto en ella, en la Ley 388 de 1997, por expresa remisión que hace la Ley 1682.

La expropiación prevista en el artículo 16 de la Ley 1 de 1991 se encuentra tácitamente derogada por la Ley 1682 de 2013, en los términos de las respuestas dadas a las preguntas 1, 2 y 3 de este concepto, por lo que la aplicación del Decreto 4735 de 2009, reglamentario de la Ley 1, no resulta procedente para esas materias.

“Respecto a las vías de acceso:

6. *“¿Es procedente que el Instituto Nacional de Vías — INVÍAS reciba en la*

actualidad los predios invadidos y proceda a expropiarlos para entregárselos al concesionario, para que éste culmine la construcción de la vía en cumplimiento del convenio?”

Según lo informado por la Agencia Nacional de Infraestructura, el bien que se utilizará para la construcción de la vía del acceso al puerto de Aguadulce ya fue expropiado. En consecuencia deja de ser menester la respuesta en este punto en particular.

Con todo, la carretera o vía de acceso al “Puerto Industrial Aguadulce” que se construirá en el terreno que ya fue expropiado por el INVIAS, corresponde a un bien de uso público (red vial nacional) y, por lo mismo, no es susceptible de apropiación por los particulares (Artículo 63 C.P.), lo que excluye la posibilidad de ser incorporada al contrato de concesión portuaria para el uso exclusivo del concesionario.

7. *“¿Es procedente que el Instituto Nacional de Vías — INVÍAS reconozca y pague mejoras a los actuales poseedores de los bienes inmuebles necesarios para la construcción de la vía de acceso al puerto industrial Aguadulce, cruce hacía Bahía Málaga — Zona Portuaria, para que el concesionario pueda culminar la obra de la vía de acceso?”*

Según lo informado por la Agencia Nacional de Infraestructura, el bien que se utilizará para la construcción de la vía del acceso al puerto de Aguadulce ya fue expropiado. Ante este hecho consumado deja de ser menester la respuesta a la pregunta por sustracción de materia.

Remítase a la señora Ministra de Transporte y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

AUGUSTO HERNÁNDEZ BECERRA
Presidente de la Sala

**GERMÁN ALBERTO BULA ESCOBAR
VARGAS**

Consejero de Estado

ÁLVARO NAMÉN

Consejero de Estado

WILLIAM ZAMBRANO CETINA
Consejero de Estado

LUCÍA MAZUERA ROMERO
Secretaria de la Sala