

La Ley de Infraestructura de Transporte y la preservación “a toda costa” del interés viario. Estudio de las licencias especiales para el desarrollo de vías de interés particular y el asiento de redes lineales como medida de eficacia¹

LUIS FERNANDO HERNÁNDEZ BETANCUR²

RESUMEN

El presente escrito analizará, a la luz de los elementos constitucionales que definen la intervención del Estado en la economía, algunas de las innovaciones que introdujo en el ordenamiento jurídico colombiano la Ley 1682 de 2013, rectora de los proyectos de infraestructura de transporte, a efectos de favorecer la eficaz planificación, contratación y ejecución de las obras viales que demanda el desarrollo del país.

- 1 Una versión de este trabajo se presentó como requisito para obtener el título de Magister en Derecho Económico. Esta versión está adaptada y actualizada al formato de la revista. Fecha de recepción: 26 de mayo de 2015. Fecha de modificación: 31 de julio de 2015. Fecha de aceptación: 31 de julio de 2015. Para citar el artículo: Hernández Betancur, L. (2015). La Ley de Infraestructura de Transporte y la preservación “a toda costa” del interés viario. Estudio de las licencias especiales para el desarrollo de vías de interés particular y el asiento de redes lineales como medida de eficacia. *Revista Con-texto*, (43), pp.13-130. DOI: <http://dx.doi.org/10.18601/01236458.n43.03>
- 2 Abogado de la Universidad de Medellín. Especialista en Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia. Candidato a magister en Derecho Económico en la Universidad Externado de Colombia. Docente de pregrado y posgrado en las áreas de derecho administrativo, servicios públicos domiciliarios y contratación estatal en distintos centros de educación superior: Universidad de Antioquia, Universidad Autónoma Latinoamericana, Universidad EAFIT, Universidad Santo Tomás y Universidad de San Buenaventura. Es profesional de relaciones externas de Empresas Públicas de Medellín ESP. Correo electrónico: lufhernandez@gmail.com; Luis.Hernandez.Betancur@epm.com.co

En particular, el texto se enfocará en el estudio de las licencias y la autorización establecidas para disciplinar la interrelación entre el interés jurídico viario y otros intereses jurídicos como la libertad y la propiedad. El propósito de tal análisis será demostrar que el rango superior que esta normativa atribuye al interés viario hace que, en caso de colisión, cualquier otro interés deba ceder en su beneficio "a toda costa" y ello, sin duda, es inconstitucional pues, en aras de materializar una determinada perspectiva del interés general, se propicia el deterioro de la riqueza social ante la "imposibilidad" de ponderar la relevancia de los intereses en pugna en cada caso particular.

En procura de tal objetivo, el texto partirá del estudio de los elementos dogmáticos que caracterizan la intervención del Estado en la economía y, a partir de allí, se centrará en las disposiciones de la Ley 1682 de 2013 que, so pretexto de favorecer la indemnidad del interés viario, establecen licencias o autorizaciones que generan aflicción de otros intereses jurídicos de raigambre constitucional a fin mostrar cómo su diseño específico rompe cualquier parámetro para mensurar el alcance jurídico plausible que puede atribuirse a un interés jurídico cuando pugna con otro.

Palabras clave: Infraestructura de transporte, interés general, interés viario, prevalencia, intervención, licencias o autorizaciones, proporcionalidad, ponderación, eficiencia.

THE STATUTE OF TRANSPORT INFRASTRUCTURE AND THE PRESERVATION
"AT ALL COSTS" OF THE PUBLIC TRANSIT SYSTEM. A STUDY OF THE SPECIAL
LICENSES AND PERMITS NEEDED FOR THE DEVELOPMENT OF ROADS THAT
BENEFIT AN INDIVIDUAL'S INTEREST AND THE CREATION OF STRAIGHT
ROADS AS AN EFFICIENCY MEASURE

ABSTRACT

Taking into account the constitutional elements that define and characterize the State's intervention in the economy, in this paper we will analyze some of the innovations that were introduced in Colombia with the Ley 1682 of 2013. This statute is the one that will guide all the future projects regarding transportation infrastructure with the sole purpose of favoring the efficient and opportune planning, contracts and most important how the building of roads, vital for the development of Colombia, will be carried out.

This paper will focus on the study and analysis of the licenses and permits established to regulate the inevitable conflict that exists between the public interest on building new roads and constitutional rights like freedom and private property. The purpose of such analysis is to prove that this statute is allowing to disregard the damage caused to any constitutional and legal right so that the progress of the transit system prevails at all costs. Without doubt this is unconstitutional, because in the name of public interest, constitutional rights cannot be undermined without any real criteria that helps weight the consequences in each particular case.

To reach our goal in this paper we will start with the study of the dogmatic elements that characterize State intervention in the economy. From there the paper will focus on the actual Ley 1682 of 2013 that with the excuse of favoring the public's interest in road development, it establishes licenses and permits that are also detrimental and prejudicial to other constitutional rights.

Keywords: Transport infrastructure, public interest, public interest on road development, prevalence, intervention, licenses or permits, proportional, to weight, efficiency.

ABREVIATURAS

ANI:	Agencia Nacional de Infraestructura
APP:	Alianza Público-Privada
C.C.:	Código Civil
Conpes:	Consejo de Política Económica y Social
Const. Pol.:	Constitución Política de Colombia
D.L.:	Decreto con Fuerza de Ley
D.R.:	Decreto Reglamentario
INCO:	Instituto Nacional de Concesiones
L:	Ley
LAPP:	Ley de Alianzas Público-Privadas (Ley 1508 de 2012)
LFRV:	Ley de Fajas de Retiro Vial (Ley 1228 de 2008)
LIT:	Ley de Infraestructura de Transporte (Ley 1682 de 2013)
MIT:	Ministerio de Transporte
PND:	Plan Nacional de Desarrollo
SINC:	Sistema Integral Nacional de Información de Carreteras
TIC:	Tecnologías de la Información y las Comunicaciones

El infierno está lleno de buenas voluntades o deseos.
San Bernardo de Claraval

Las peores obras son las que están hechas con las mejores intenciones.
Oscar Wilde

INTRODUCCIÓN

I

La Ley 1682 de 2013, "por la cual se adoptan medidas y disposiciones para los proyectos de infraestructura de transporte y se conceden facultades extraordinarias" o, para abreviar, Ley de Infraestructura de Transporte (LIT), es una normativa que, en términos generales,

responde a los reclamos de los empresarios y desarrolladores de infraestructura que, en su totalidad, han sido prohijados por las autoridades del sector administrativo del transporte a fin de favorecer el desarrollo de las obras que se necesitan en esta materia.

En efecto, esta disposición es una verdadera ley a la medida que, a los ojos de sus defensores, ofrece soluciones sustantivas y procedimentales a cada uno de los requerimientos de los proyectos de infraestructura de transporte —distintos a los estrictamente técnicos, claro está— como muestra del compromiso del Estado con el crecimiento de esta industria³, tan necesaria para el bienestar nacional⁴.

Tras años de incontables fracasos en el desarrollo de la infraestructura de transporte del país (Anzola, 1997), los empresarios y desarrolladores de infraestructura y, de algún modo, las autoridades sectoriales⁵, exigieron remedios formales a determinadas problemáticas que, según decían los expertos en maduración de proyectos y políticas públicas consultados por el Gobierno Nacional, eran las responsables del atraso en esta materia (Fedesarrollo, 2012).

3 "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.

[...]

"Como se puede deducir del objeto del proyecto de ley, la materia es la infraestructura de transporte, y los temas específicos que la desarrollan son los referidos a la infraestructura necesaria para la prestación del servicio de transporte. La remoción de escollos que impiden el desarrollo de la infraestructura de transporte que el país requiere, tiene relevancia en tanto presupuesto indispensable para el transporte como actividad y servicio que impacta la calidad de vida y el desarrollo económico del país" (CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA, 2013, p. 1).

4 Cfr. L. 1682/2013, Arts. 1.º, 2.º, 4.º y 5.º.

5 En estricta teoría política y administrativa, no cabría aseverar que las autoridades exigen tal o cual actuación del Estado, en tanto son ellas quienes gobiernan y quienes, por tanto, están encargadas de materializar las exigencias de la colectividad. A pesar de tal conclusión, se opta por resaltar la idea de que también las autoridades exigieron soluciones por dos motivos principales. En primer lugar, ha de tenerse en cuenta que la solución a las problemáticas diagnosticadas en el desarrollo de infraestructura de transporte únicamente podían ser implementadas en una ley, esto es, ante la evidente reserva de ley para la configuración de disposiciones de intervención económica, poco podían hacer las autoridades administrativas más allá de "exigir" soluciones del legislador. En segundo lugar, la idea esbozada, en concordancia con la aseveración precedente, da cuenta de la realidad política que circundó el proyecto que más adelante se convertiría en la Ley de Infraestructura de Transporte; en efecto, la entonces ministra de transporte, Cecilia María Álvarez, recogió las inquietudes de los empresarios y desarrolladores de infraestructura, promovió la discusión y expedición de un Documento Conpes especial para esta materia y exploró la posibilidad de tomar algunas decisiones por medio de decretos reglamentarios; al percatarse de la inidoneidad de tales medidas, optó por elaborar y radicar un proyecto de ley especial que luego defendió con lujo de detalles ante el Congreso de la República hasta lograr su aprobación a finales de 2013. En resumen, las autoridades sectoriales exigieron soluciones del legislador, pues no podía usar su competencia para solucionar los problemas por ellas mismas.

En este orden de ideas, la LIT no hace cosa distinta a establecer prerrogativas, competencias, entidades especiales, instrumentos de coordinación y gestión interadministrativa, delimitaciones a los intereses jurídicos que colisionaban con el interés jurídico viario o, simplemente, interés viario, e instrumentos de planificación, coordinación y gestión para superar los distintos cuellos de botella (Consejo Nacional de Política Económica y Social, 2013) o, en una palabra, contratiempos, que tradicionalmente han obstaculizado, diferido o encarecido el desarrollo de las acciones viales necesarias para el crecimiento del patrimonio viario colombiano.

II

Vista a la luz de los fines que la justifican y de los contenidos sustanciales y procedimentales que le son característicos, la LIT bien podría ser encuadrada en el concepto de ley de intervención económica. Por medio de esta disposición, el Estado propugna por la mejor asignación de derechos a efecto de racionalizar la economía, con el fin de mejorar la calidad de vida de los habitantes y la distribución equitativa de las oportunidades y beneficios del desarrollo (Const. Pol., Art. 334).

Con estos objetivos la LIT, a fin de favorecer la preservación del interés viario, establece una serie de medidas que, según el caso, disciplinan la interacción administrativa y el desenvolvimiento de determinadas competencias, o limitan el ejercicio y el alcance de otros intereses jurídicos, en tanto la plenitud de tales competencias e intereses, en casos particulares, funge como contratiempo que dificulta la materialización del primero. En resumidas cuentas, esta normativa señala como uno de sus principios inspiradores la prevalencia del interés viario sobre aquellas potestades públicas e intereses jurídicos que representen una talanquera para su integridad.

III

La comprensión de la prevalencia del interés viario, como puede intuirse, está cimentada en la respuesta que se ofrezca a dos interrogantes sucesivos: en primer lugar, es imprescindible absolver: ¿qué se entiende por interés viario?, y a partir de la respuesta que se brinde a tal interrogante, habrá de responderse: ¿por qué este interés jurídico es prevalente?

La respuesta al primer interrogante deriva de una reflexión casi explícita en las disposiciones iniciales de la LIT: el interés viario consiste en un cúmulo de decisiones y actuaciones administrativas de "planificación, ejecución, mantenimiento, mejoramiento y rehabilitación" denominadas acciones viales⁶, las cuales son adelantadas directa o indirectamente por el sector administrativo del transporte para procurar la adecuada marcha de "los proyectos y las obras de infraestructura del transporte"⁷ que conforman

6 Cfr. L. 1682/2013, Art. 5.º

7 De conformidad con el Artículo 4.º de la Ley 1682 de 2013, la infraestructura de transporte está compuesta por bienes, obras y desarrollos tan variados como la red vial de transporte terrestre automotor

el patrimonio viario, consistente, a su vez, en “un sistema de movilidad integrado por un conjunto de bienes tangibles, intangibles y aquellos que se encuentren relacionados con este” (L. 1682/2013, Art. 2.º). En pocas palabras, el interés viario consiste en un conjunto de acciones viales encaminadas a mejorar, en sentido amplio, el patrimonio viario nacional.

Por su parte, en relación con el segundo interrogante, es suficiente tener presente que, de conformidad con el Artículo 5.º de la LIT y en concordancia con los artículos 1.º y 58 constitucionales, el interés viario, dado su provechoso impacto colectivo, “materializa el interés general previsto en la Constitución Política” como quiera que fomenta “el desarrollo y crecimiento económico del país, su competitividad internacional, la integración del Territorio Nacional, y el disfrute de los derechos de las personas”, al tiempo que constituye “un elemento de la soberanía y seguridad del Estado” (Congreso de la República de Colombia, 2013).

Son precisamente estos razonamientos los que dotan al interés viario de carácter *prevalente*. Dicha prevalencia, a su vez, se manifiesta de dos maneras particulares. Por un lado, la integridad del interés viario legitima la coordinación y el encauzamiento del ejercicio de competencias en los casos de interacción de las autoridades del sector administrativo del transporte con otras autoridades o sectores administrativos a efectos de que las decisiones y actuaciones de estas últimas graviten en torno a su favorecimiento. Por el otro, la importancia social que reviste la concreción del interés viario le confiere un determinado rango superior que supera el de cualquier otro interés jurídico con el que pueda estar en tensión en una situación concreta, de suerte que, en caso de ser necesario, este último, por medio de una decisión o actuación de intervención que puede denominarse intervención procomunal, puede ser limitado —incluso, intensamente limitado y, en algunas ocasiones, pasado a un segundo plano— en beneficio del primero, pues es este el que mejor materializa el interés general previsto en la Constitución Política.

con sus zonas de exclusión o fajas de retiro obligatorio, instalaciones operativas como estaciones de pesaje, centros de control de operaciones, estaciones de peaje, áreas de servicio y atención, facilidades y su señalización, entre otras; los puentes construidos sobre los accesos viales en zonas de frontera; los viaductos, túneles, puentes y accesos de las vías terrestres y a terminales portuarios y aeroportuarios; los ríos, mares, canales de aguas navegables y los demás bienes de uso público asociados a estos, así como los elementos de señalización como faros, boyas y otros elementos para la facilitación y seguridad del transporte marítimo y fluvial y sistemas de apoyo y control de tráfico, sin perjuicio de su connotación como elementos de la soberanía y seguridad del Estado; los puertos marítimos y fluviales y sus vías y canales de acceso; las líneas férreas y la infraestructura para el control del tránsito, las estaciones férreas, la señalización y sus zonas de exclusión o fajas de retiro obligatorio; 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; la infraestructura aeronáutica y aeroportuaria destinada a facilitar y hacer posible la navegación aérea; los sistemas de transporte por cable: teleférico, cable aéreo, cable remolcador y funicular, construidos en el espacio público o con destinación al transporte de carga o pasajeros, la infraestructura urbana que soporta sistemas de transporte público, sistemas integrados de transporte masivo, sistemas estratégicos de transporte público y sistemas integrados de transporte público; el espacio público que lo conforman andenes, separadores, zonas verdes, áreas de control ambiental, áreas de parqueo ocasional, así como ciclorrutas, paraderos, terminales, estaciones y plataformas tecnológicas, y, finalmente, las redes de sistemas inteligentes de transporte.

La LIT, en resumen, se enfoca en disponer los lineamientos para ejercer potestades públicas y las medidas de intervención procomunal para limitar aquellos intereses jurídicos que, en casos concretos —sea porque entorpecen las acciones viales, sea porque su aprovechamiento es útil para la eficacia de estas últimas— colisionan con el interés viario. A su vez, los referidos lineamientos y medidas han sido estatuidos para procurar el eficaz desenvolvimiento de las acciones viales necesarias para el crecimiento del patrimonio viario indispensable para el progreso del país.

IV

Los mencionados propósitos políticos y económicos de la LIT, en tanto legítimos, se valen para su concreción del expediente jurídico de la prevalencia del interés viario, bien sobre el alcance cotidiano del ejercicio de determinadas potestades públicas que, en principio, deberán ajustarse a sus requerimientos, bien sobre el contenido de otros intereses jurídicos que, en el caso de una eventual colisión, deberán ceder en la generalidad de situaciones ante su gran importancia jurídica. Lo anterior, sin duda, da cuenta de la formulación dispuesta en el Artículo 1.º de la Constitución Política de 1991, según el cual Colombia es un Estado Social de Derecho fundado, entre otros principios, en "la prevalencia del interés general" y el interés viario, según se dijo, es una genuina materialización de ese interés (L. 1682/2013, Art. 5.º).

La cuestión, sin embargo, es que el legislador, en procura del logro de la manifestación del bien común estatuida en los artículos 2.º, 4.º y 5.º de la LIT ideó medidas de prevalencia de tal alcance que, ante eventuales interacciones con otros sectores administrativos o colisiones con otros intereses jurídicos también legítimos, la solución regular resulta siendo la eficacia irrestricta del interés viario, como si se concibiera que el interés viario es prevalente a toda costa.

Ciertamente, aun cuando la LIT propende por la coordinación en el ejercicio de potestades administrativas y por el equilibrio entre los distintos intereses jurídicos que puedan entrar en tensión como consecuencia del desarrollo de acciones viales y, en consecuencia, señala —en una sensata formulación inicial— que la prevalencia del interés viario no es absoluta en tanto depende del mayor beneficio social que su preservación pueda generar en cada caso (L. 1682/2013, Arts. 7.º y 12); lo cierto es que las medidas concretas para la solución de controversias y colisiones que se estatuyen en dicha normativa han sido dispuestas de tal manera que, en la generalidad de las situaciones, terminan desatándose a favor del interés viario, como si este por decisión legislativa contase con un rango superior y, por tanto, debiese prevalecer a toda costa.

Así pues, cuando se precise del desarrollo de acciones viales para el aumento, el mejoramiento y la conservación del patrimonio viario la LIT, en la generalidad de los casos, señala un camino inequívoco: el interés viario siempre prevalece. Pruebas concretas de tal aseveración pueden ser halladas en las soluciones que la LIT establece para resolver los contratiempos a los que se atribuyen los retrasos y sobrecostos en la prospección y ejecución de las acciones viales necesarias para incrementar el patrimonio viario.

Cuando se trata de la interacción entre el sector administrativo del transporte y los entes territoriales o las autoridades ambientales, por ejemplo, se ha señalado que, en la práctica, existen problemas de coordinación y retrasos en la adopción de las decisiones necesarias para el desenvolvimiento de las acciones viales. En estos casos, la LIT se decanta por resolver las disparidades de apreciación a favor del sector administrativo del transporte y por ajustar los términos de las decisiones de otros sectores a las necesidades del primero. Lo anterior se puede corroborar al revisar las disposiciones relativas a la autonomía territorial en los casos de desarrollo de obras con intervención urbana (L. 1682/2013, Art. 10) y la reformulación de los trámites, términos y objetivos definitorios de la gestión y el procedimiento requerido para la expedición de licencias ambientales para el caso específico de las acciones viales (L. 1682/2013, Arts. 39 y ss.).

Por su parte, en lo relativo al alcance de los intereses jurídicos que puedan entrar en tensión con el interés viario, la LIT señala que ellos, por virtud de las intervenciones procomunales que sean pertinentes, han de ser simplemente delimitados e, incluso, dejados en segundo plano pues, de lo contrario, se impediría la materialización del interés general. Al respecto, pueden cotejarse las soluciones previstas para desatar la tensión entre el interés viario y otros intereses jurídicos legítimos como los distintos derechos y expectativas sobre los bienes inmuebles requeridos para el desarrollo de las obras (L. 1682/2013, Arts. 20 y ss.); los derechos de libertad y propiedad en la provisión de oferta vial bajo la forma de infraestructura de transporte de interés particular (L. 1682/2013, Art. 15); la instalación y permanencia de redes lineales asentadas sobre la infraestructura de transporte (L. 1682/2013, Arts. 46 y ss.) y, finalmente, los títulos mineros concedidos en los espacios priorizados más tarde por el sector administrativo del transporte (L. 1682/2013, Arts. 56 y ss.).

Ahora bien, aun cuando la revisión de la solución legal a las tensiones entre el interés viario y el marco de competencias administrativas o los intereses jurídicos calificados como contratiempos reviste altísimo interés académico y podría ser abordada desde muchos puntos de vista antes de aventurar conclusiones en relación con su constitucionalidad o legitimidad, este escrito, en concreto, se ocupará únicamente del análisis de algunos de los supuestos de colisión entre intereses jurídicos que puedan ser seleccionados desde un elemento aglutinador específico y estudiados con un enfoque jurídico-económico concreto. Vale decir, los supuestos de interacción entre el sector administrativo del transporte y otras autoridades, y algunos casos de tensión entre el interés viario y otros intereses jurídicos tendrán que ser abordados en escritos posteriores, aunque el método de análisis aquí propuesto y las conclusiones que se presentan, de seguro, serán de utilidad en una revisión sobreviniente de la materia. Más tarde se detallarán los supuestos a estudiar y las razones de su elección.

V

¿Es plausible en nuestro ordenamiento jurídico la atribución legislativa de un rango superior a este o aquel interés a fin de que prevalezca a toda costa en los diversos supuestos

de colisión con otros intereses jurídicos? Según parece, la LIT lo hace, al menos eso es lo que sugiere el alcance de algunas de las intervenciones procomunales específicas que se estatuyen para garantizar la prevalencia a toda costa del interés viario. De lo dicho, entonces, cabe preguntar: ¿es correcta tal opción institucional?

No puede, por supuesto, caerse en la tentación de ofrecer una respuesta *a priori* a este interrogante, pues dadas las formulaciones precedentes, en particular aquella que vincula el interés viario con la materialización del interés general previsto en la Constitución Política resulta imperativo, primero, determinar dos aspectos conceptuales para decidir si la opción institucional adoptada en la LIT, esto es, el rango superior del interés viario expresado en el alcance irrestricto de algunas de las intervenciones procomunales estatuidas en su favor, es correcta o incorrecta.

En primer término, hay que establecer si existe un punto a partir del cual el Estado, en aras de preservar aquella manifestación del interés general que se muestra como la más relevante en un momento dado, puede o no intervenir en los intereses jurídicos que circunstancialmente le son útiles o se le oponen. En segundo término, y como consecuencia de la respuesta ofrecida a la cuestión precedente, debe determinarse si las intervenciones procomunales específicas estatuidas en el ordenamiento jurídico —en este caso, en la LIT— son correctas o incorrectas.

§ 1

El primer interrogante, vale decir, el que inquiriere en torno a la existencia de un punto a partir del cual es admisible o no una intervención procomunal, en el fondo plantea una cuestión relativa a la racionalidad de los medios que el Estado emplea en procura de la materialización de determinada manifestación del interés general. Dicho con otras palabras, este primer interrogante se reconduce a una disyuntiva constitucional clara: si un interés jurídico es asumido como materialización del interés general, ¿debe prevalecer a toda costa sobre los intereses con los cuales colisiona o, al contrario, puede prevalecer solo la colisión mientras cumpla algunas condiciones elementales?

Si en el caso que nos ocupa se opta por intervenir a toda costa, tal decisión de seguro estará originada en una interpretación muy extensiva que parte del hecho de que el interés viario, por ser materialización del interés general previsto en la Constitución Política, debe ser preservado en cualquier caso, pues la norma de normas estableció en su Artículo 1.º que este interés es prevalente. De esta suerte, no existe un punto a partir del cual la intervención sea admisible; al contrario, la intervención procomunal será siempre imperativa, por lo que las autoridades encargadas de llevarla a cabo no podrá escatimar esfuerzos en su ejecución.

Si, por otro lado, se opta por intervenir solo en algunos casos, se estaría admitiendo que existe un punto a partir del cual las intervenciones procomunales son inadmisibles. En este orden de ideas, las intervenciones procomunales que superen este punto, dado un determinado discurso constitucional, no son correctas por cuanto su desarrollo ge-

nera más costos que beneficios, razón por la cual no pueden ser tenidas como prenda del interés general sino que, al contrario, lo contravienen.

La cuestión, entonces, se reduce a los costos en que la sociedad está dispuesta a incurrir para el desarrollo de una determinada intervención procomunal que le asegure una satisfacción específica: cualquier costo o solo algunos costos. En otras palabras, la prevalencia a toda costa del interés viario dado su rango superior o la búsqueda de equilibrios concretos entre distintos intereses a fin de dar prevalencia al que mayores beneficios arroje en un caso concreto, no son sino dos formas distintas de emplear los recursos de que dispone la sociedad en un momento dado para satisfacer sus necesidades. Así las cosas, cualquier solución particular que se ofrezca a las tensiones de intereses que se lían en el contexto del desarrollo de acciones viales para incrementar el patrimonio viario no es cosa distinta a una particular forma de aprovechar la riqueza social en aras de mejorar las condiciones en las cuales se desenvuelve la sociedad.

El hecho de que se trate de dos caminos diversos para llegar a un mismo propósito —la satisfacción de las necesidades colectivas—, sin embargo, no redundan en la plausibilidad de ambos senderos. De hecho, en tanto dos maneras distintas, casi antagónicas, de aprovechar la riqueza social en aras del bienestar general, bien puede concluirse que una de ellas ha de ser mejor que la otra en la medida en que optimiza los medios disponibles y, por tanto, está llamada a generar más satisfacción colectiva que su antípoda. Así las cosas, dada la oposición en sus términos, es forzoso aseverar que una de las alternativas en comento materializa el bienestar colectivo con menores sacrificios, por lo que permite que los medios que no fueron empleados —o sacrificados— se utilicen en la generación de otras tantas formas de satisfacción colectiva⁸.

Con algo más de detalle, aun cuando la prevalencia a toda costa es prenda de la *eficacia* del interés viario, lo cierto es que su aplicación irrestricta puede generar costos explícitos e implícitos que no necesariamente se compadecen con la significación del beneficio colectivo alcanzado. Dicho de otra manera, la eficacia del interés viario en los diversos supuestos de colisión no necesariamente es la solución que optimiza la riqueza social⁹.

- 8 "En la medida en que una sociedad sea eficiente, puede afirmarse que utiliza los recursos limitados de que dispone en tal forma que, en principio, obtiene la mayor cantidad de bienes y servicios que con ellos puede alcanzar; o, dicho de otro modo, que no podría producir ningún bien o servicio más sin dejar de producir otros. Y puesto que esos bienes y servicios son los que sus miembros han manifestado necesitar y preferir, a través del mercado, esa máxima producción será la que puede satisfacer mejor tales necesidades y preferencias y, por lo tanto, producir el mayor bienestar posible para sus miembros. Desde un punto de vista ético, puede postularse que alcanzar la eficiencia es un deber de justicia; si se parte del supuesto de que los factores de la producción han sido creados para satisfacer las necesidades de las personas, su uso ineficiente perjudica a quienes dejan de percibir bienes y servicios que habrían podido estar a su alcance, con lo que no es posible dar a cada quien lo suyo" (PALACIOS MEJÍA, 1999a, pp. 7-8).
- 9 "La eficiencia es distinta de la eficacia. Es eficaz, según el Diccionario de la Lengua Española quien 'logra hacer efectivo un intento o propósito'. La eficiencia exige, no solo que se consigan resultados, sino que se los alcance con los menores costos posibles. Por eso eficiencia puede asimilarse a economía. La eficiencia supone la eficacia, pero no al revés. El Artículo 209 de la Constitución colombiana, ordena

En efecto, la prevalencia a toda costa del interés viario en los términos de la LIT puede conducir al incremento del patrimonio viario en el corto plazo, gracias a la superación de los contratiempos que obstaculizan, diferencian o encarecen las acciones viales necesarias para su desarrollo. Sin embargo, tal solución puede también generar perjuicios sociales en el mediano y largo plazo mayores al beneficio inicial, no solo en consideración al deterioro de la riqueza social derivado de los significativos sacrificios de otros intereses jurídicos que la indemnidad del interés viario conlleva (Const. Pol., Arts. 13, 58, 209, 334 y 365), sino en relación con los costos que representan las eventuales reclamaciones que los titulares de los intereses sacrificados —aprovechados o pasados a un segundo plano— puedan incoar en procura del restablecimiento de su situación jurídica (Const. Pol., Art. 90).

En resumen, el Estado tiene la competencia constitucional de efectuar intervenciones procomunales, esto es, acciones específicas en procura de la materialización del interés general. Existe, sin embargo, un punto a partir del cual las intervenciones procomunales no son correctas, en tanto generan más costos que beneficios. Este punto está marcado, entonces, por la eficiencia (Palacios Mejía, 1999a, pp. 6 y ss.; Posner, 2007, pp. 36 y ss.; Roemer, 2008, pp. 26 y ss.) de la intervención en concreto. En pocas palabras, cuando se trata de la materialización del interés general existe un camino más eficiente que el otro y, por tanto, más justo y conveniente para toda la sociedad (Const. Pol., Art. 209). Es este sendero, el de la eficiencia, el que debe recorrerse.

§2

En relación con el segundo interrogante, esto es, el que inquiriere en torno a la corrección de las intervenciones procomunales específicas estatuidas en el ordenamiento jurídico, para el caso en estudio, en la LIT, es imprescindible partir de la respuesta ofrecida al primer interrogante: existe un punto a partir del cual el Estado no puede intervenir so pretexto de materializar el interés general, y ese punto está marcado por la eficiencia de la intervención procomunal en concreto. De hecho, intervenir más allá de este punto constituye, *per se*, una afrenta al interés general.

En este orden de ideas, serán correctas aquellas intervenciones procomunales que, al ser aplicadas, procuren la mayor cantidad de satisfacción colectiva con el menor sacrificio posible de los intereses intervenidos; en otros términos, la corrección de una intervención procomunal se cifra en el hecho de que, en su virtud, sea posible valorar el peso de cada uno de los intereses jurídicos en juego a efectos de procurar la prevalencia del que arroje el mejor balance social en cada caso. Al contrario, si una intervención procomunal, dado su diseño, implica la prevalencia a toda costa de un interés jurídico con rango superior sobre otro, habrá de ser tenida como incorrecta pues, al aplicarla, existe una altísima probabilidad de que los sacrificios a los intereses intervenidos y los

desarrollar la función administrativa según varios criterios, entre los cuales figuran en forma separada, la eficacia y la economía" (PALACIOS MEJÍA, 1999a, p. 7).

costos de su ulterior reparación superen el beneficio social obtenido y ello, sin duda, es contrario al interés general previsto en la Constitución Política.

La clave al final del día, el sendero correcto para la materialización del interés general, será el de la eficiencia. Es este camino el que debe prevalecer. La tarea, entonces, consiste en hacerlo explícito en forma ordenada y razonable a partir de los elementos ofrecidos por el derecho constitucional y el análisis económico del derecho.

VI

La eficiencia, según se ve, es la clave para establecer cuál de los senderos para la materialización del interés general es la mejor, en tanto más justa y conveniente. Pero, ¿cómo determinar que esta o aquella alternativa es más o menos eficiente?, ¿cómo saber hasta qué punto es admisible el desarrollo de una intervención procomunal? En fin, ¿de qué manera determinar que tal o cuál interés jurídico tiene un mayor peso en el caso concreto y, por tanto, debe prevalecer? La aplicación del principio de proporcionalidad (Bernal Pulido, 2014, pp. 51 y ss.) y, en particular, del subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto o mandato de ponderación —que en adelante se denominará ponderación—, puede brindar las pistas necesarias para responder a tales interrogantes, siempre y cuando su lectura, además de respetar los precisos términos propuestos por la dogmática jurídica especializada, incorpore algunos elementos propios del análisis económico.

En efecto, la aproximación a esta problemática desde la proporcionalidad y, particularmente, desde la ponderación, permitiría determinar hasta qué punto es constitucionalmente admisible que el Estado, a efectos de satisfacer el interés general representado en el desarrollo de acciones para incrementar el patrimonio viario, intervenga en el alcance de los intereses jurídicos que, por instrumentalidad o conflicto, las obstaculizan, difieren o encarecen. De hecho, y esto es lo más importante en este escrito, al esclarecer este interrogante será posible, casi consecencialmente, determinar si los medios de intervención estatuidos en la LIT y que serán analizados en esta líneas son correctos o incorrectos.

VII

Como corolario de todas las ideas precedentes, es posible señalar que la fórmula empleada por la LIT en procura de la preservación del interés viario es el aprovechamiento o la limitación a toda costa de cualquier interés jurídico que colisione con el desarrollo de acciones viales. Tal aseveración se desprende del diseño normativo de algunas intervenciones procomunales estatuidas con el objeto de resolver, siempre a favor del interés viario, las tensiones que pueda experimentar con otros intereses jurídicos.

La estrategia trazada en la LIT, al menos en una parte importante de sus intervenciones procomunales, es bastante simple: el interés viario tiene un rango superior, de suerte que siempre debe prevalecer en caso de tensión con otros intereses jurídicos. Es justamente la procuración del rango superior del interés viario lo que aquí se denomina prevalencia a toda costa.

Así pues, siendo prevalentes a toda costa, las intervenciones procomunales estatuidas en la LIT pueden desconocer de tajo la legitimidad de cualquier interés jurídico contrapuesto al interés viario o aprovechar sin mayor pudor aquellos que sean útiles a la materialización de este último.

En sentir de los voceros del sector administrativo del transporte, tal visión no representa un problema jurídico relevante. De hecho, si se la ve desde una perspectiva completamente empírica y de corto plazo, la opción institucional estatuida en la LIT es la mejor alternativa desde el punto de vista de la eficiencia, en la medida en que, por virtud del rango superior del interés viario, cualquier otro interés jurídico no tiene más alternativa que ceder pacíficamente por lo que al final del día no habrá sobrecostos que solventar derivados, bien del pago de compensaciones por el aprovechamiento o remoción de otros intereses, bien del desgaste administrativo que representa la gestión de la eventual presencia de intereses jurídicos distintos al viario en los ámbitos espaciales que interesan al desarrollo de acciones viales.

La lectura resaltada puede ser comprobada con la revisión de aquellas intervenciones procomunales que adoptan la forma de permisos o autorizaciones especiales para la coexistencia de intereses jurídicos diversos y el interés viario. En efecto la LIT, en algunos de sus apartados, desarrolla ciertos instrumentos orientados a señalar las reglas para disciplinar el alcance de los intereses jurídicos que por alguna circunstancia no tienen más remedio que coexistir con el interés viario y que, eventualmente, pueden entrar en tensión con él. Tales intervenciones en esos intereses jurídicos, en el fondo, definen las reglas para que sus titulares reconozcan el rango superior del interés viario y, por ende, convengan, casi de manera graciosa, poner sus intereses al servicio de las acciones viales en caso de que sea necesario, so pena de no recibir habilitación alguna para el desarrollo de sus propias actividades.

Tal intervención, según se advirtió, parece bastante eficiente, pues representa la capitulación a cambio de nada de los intereses útiles o contrapuestos al viario. No existe, según parece, manera más eficiente de lograr la satisfacción de necesidades colectivas que evitando la generación de costos en tal intervención; el mecanismo de las licencias y autorizaciones, como se ve, fue estatuido con tal propósito.

A pesar de lo dicho lo cierto es que, según las ideas planteadas en los apartes precedentes, la aceptación de la prevalencia a toda costa del interés viario como parte del ordenamiento jurídico colombiano no puede ser tan simple como la declaración legal del rango superior y la actuación conformista de los titulares de otros intereses jurídicos.

Es cierto que la prevalencia a toda costa, aunque efectiva, carece de ponderación y, por tanto, es ineficiente, pues la reducción de costos de las acciones viales en el corto plazo se transforma, bien en deterioro de la riqueza social por la afectación desproporcionada de otros intereses jurídicos útiles a la sociedad, bien en sobrecostos tardíos derivados de la causación de daños antijurídicos a los titulares de los intereses jurídicos que deben ceder ante la inercia inicial del rango superior del interés viario pero que, en el mediano y el largo plazo, tendrán todo dispuesto para reclamar las reparaciones que sean pertinentes.

En resumen, los ahorros del corto plazo derivados del alcance inmoderado de las intervenciones procomunales bajo la forma de licencias y autorizaciones se convertirán en sobrecostos implícitos y explícitos que deberán cubrir las generaciones futuras. La tarea, entonces, consiste en analizar los pormenores de tales licencias y autorizaciones, y explicar las razones por las cuales tales alternativas son desproporcionadas y, por ende, ineficientes.

VIII

En desarrollo de las aseveraciones expuestas en los apartados precedentes, el presente escrito se dividirá en tres partes. En la primera se analizará, a la luz de la Constitución Política de 1991, el concepto de intervención económica tomando en cuenta tres parámetros básicos: sus supuestos principales; sus elementos, esto es, su justificación y sus manifestaciones materiales y, finalmente, sus límites materiales y formales.

En la segunda parte, a partir de los parámetros característicos de la intervención económica, se señalarán, de acuerdo con las condiciones socioeconómicas circulantes en los años que antecedieron a la tramitación normativa, las razones por las cuales la LIT puede ser tenida como una especie dentro del género ley de intervención y las motivaciones que condujeron al legislador a optar por el rango superior del interés viario y, en consecuencia, por la efectividad a toda costa de las intervenciones procomunales ideadas en su favor como la mejor alternativa para materializar el interés general.

La tercera parte se centrará en el análisis de algunas de las disposiciones de la LIT que, en torno al concepto de licencias y autorizaciones, confieren ventajas, derechos o poderes especiales al sector administrativo del transporte como forma singular de intervención procomunal garante del interés viario. Este análisis se enfocará en la revisión de las intervenciones procomunales que adoptan la forma de licencias o autorizaciones a la luz de determinados principios constitucionales, en particular la simbiosis entre la proporcionalidad y la eficiencia, a efectos de justificar su total rechazo, en tanto estas son irreconocibles en el contexto jurídico vigente, lo que impone la declaratoria de inexecutable de algunas de ellas y, entre tanto, su inaplicación.

*

El presente trabajo constituye un adelanto del proyecto de investigación que actualmente desarrollo para optar al título de Magíster en Derecho con énfasis en Derecho Económico otorgado por la Facultad de Derecho de la Universidad Externado de Colombia.

**

Quiero manifestar mi más profundo sentimiento de gratitud para el Dr. Carlos Bernal Pulido, no solo por sus aportes, críticas y consejos para la elaboración de este texto

sino, sobre todo, por su paciencia y buena disposición para acompañarme en todos mis proyectos académicos desde hace tantos años.

Asimismo, quiero manifestar mi agradecimiento a mi colega y amigo David Sierra Sorockinas por su apoyo y desinteresada colaboración.

TÍTULO I

CARACTERIZACIÓN DE LA INTERVENCIÓN ESTATAL EN LA ECONOMÍA

De conformidad con el Artículo 2.º constitucional, el Estado colombiano existe, entre otras razones, para

servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación, [...] y [para] asegurar [...] la vigencia de un orden justo. (Constitución Política, 1991)

Este plano de propósitos generales es complementado por el Artículo 334 de la Constitución Política de 1991, modificado a su vez por el Artículo 1.º del Acto Legislativo 03 de 2011, el cual señala al Estado otros tantos fines, esta vez de cuño económico, circunscritos a "conseguir en el plano nacional y territorial [...] el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano".

Este amplísimo marco teleológico precisa, por supuesto, de un conjunto también amplio de *instrumentos de eficacia* pues, de otro modo, los fines definitorios del Estado no serían nada distinto a *quimeras*, en tanto simples fórmulas retóricas, ya por ser de imposible realización, ya por carecer de contenido material. En efecto, el Constituyente, consciente de que la escueta enunciación de aspiraciones jurídico-políticas, por loables que estas sean, no tiene la virtud de transformar la realidad, atribuyó al Estado ciertos *deberes-poderes* ordenados a *direccionar*, en términos generales, el devenir socioeconómico como herramienta para lograr los equilibrios indispensables para la eficacia de sus propósitos rectores.

Ahora bien, en el contexto de la búsqueda de eficacia de los fines estatales el ya citado Artículo 334 constitucional, relativo a los propósitos estatales con más clara vocación económica, señala como mecanismo para tal efecto la *racionalización de la economía*. Así pues, en términos constitucionales, la racionalización de la economía, según se la mire, puede ser entendida como el *medio* del que se sirve la organización política para lograr aquellos cometidos estatales de contenido económico a partir de la adopción de decisiones y el desenvolvimiento de acciones *ordenadas* al aprovechamiento de la riqueza social o, más precisamente, a su *optimización*.

Desde este punto de vista, resulta que la *racionalización de la economía* funge, a un mismo tiempo, como *fin* y como *medio* en relación con los cometidos económicos del Estado.

Por tanto, la racionalización es la *finalidad* de las decisiones y actuaciones públicas que inciden en la asignación o destino de la riqueza social, lo cual a su vez oficia como *instrumento* para el logro de los objetivos estatales de tinte económico. En suma, dicha *racionalización* deviene en una suerte de *instrumento-fin del Estado social de derecho* en la medida en que facilita el logro de sus propósitos económicos generales al servir como finalidad de cada actuación en concreto.

Pero, ¿en qué consiste el mencionado *instrumento-fin* y cómo se materializa en la práctica? En términos dogmáticos, a efectos de racionalizar la economía, el Estado cuenta con una importante potestad discrecional: la *intervención*. Así las cosas, cuando de racionalizar la economía se trata, sería tan legítimo por parte del Estado adoptar bien sea una *posición completamente pasiva*, como asumir una *conducta por entero activa*. En el primer caso, puede intuirse, el Estado, al suponer la racionalidad individual de los agentes económicos y la vocación procomunal implícita en la sumatoria de dichas racionalidades, optaría por abstenerse de obrar y, simplemente, *dejaría pasar*. En el segundo caso, por el contrario, el Estado, refractario a la ingenuidad de la teoría económica neoclásica, se inclinaría por planificar, asignar y aprovechar directa e intensamente los recursos disponibles con el objeto de optimizar la riqueza social y, por esta vía, lograr el bienestar general.

El punto en el cual se ubique el Estado entre dichos extremos será el resultado de una decisión política que consultará las prácticas y discursos circulantes en la sociedad en un momento dado, por lo que la posición del Estado en cuanto a la racionalización de la economía puede fluctuar constantemente. Lo cierto, sin embargo, es que el Estado, desde el momento mismo en que abandona el extremo más pasivo de la tensión —e históricamente es casi imposible encontrar supuestos en los cuales se haya situado allí—, comienza a *intervenir* en la economía como medio para su racionalización. El Estado, por tanto, es predominantemente *interventor*.

En concordancia con las premisas normativas y dogmáticas esbozadas puede colegirse que la Constitución Política de 1991, si bien no estableció un único camino para la consecución de este *instrumento-fin*, sí tomó partido por la *intervención*, sea más o menos intensa, como regla general —si no es que como *única alternativa*— orientada al logro de sus cometidos económicos.

Lo anterior se desprende de lo dispuesto en el Artículo 334 constitucional cuando dispone *en términos imperativos* que "la dirección general de la economía *estará* a cargo del Estado" (énfasis añadido) y que "este *intervendrá*, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, *para racionalizar la economía*" (énfasis añadido). A título de conclusión, en términos constitucionales, la intervención es el principal medio —cuando no el único— para la racionalización de la economía y esta, a su vez, es una de las sendas —una de las más importantes, sin duda— para el logro de los propósitos esenciales del Estado.

Ahora bien, a pesar de tan perentoria disposición, resalta el hecho de que la Constitución Política de 1991 no hubiese definido de forma expresa y directa los parámetros característicos de la intervención, esto es, sus principios rectores, elementos definito-

rios y límites jurídicos. No quiere ello decir, sin embargo, que el asunto constituya una anomia constitucional; al contrario, de la lectura sistemática de la norma de normas es posible colegir una serie de aspectos que, en conjunto, conforman un *marco rígido* para el desarrollo de la *dirección general de la economía por parte del Estado* o, en pocas palabras, del *rol interventor*. La tarea, entonces, consiste en efectuar dicha lectura.

En esta parte del texto, por tanto, se indagará por dicho marco constitucional, el cual se encuentra vertido en tres puntos básicos: (Capítulo I) la base principal de la intervención estatal en la economía; (Capítulo II) los elementos básicos que la conforman y, finalmente, (Capítulo III) los límites dispuestos en la Constitución Política para la configuración de mandatos de intervención.

Capítulo I

Soporte principal de la intervención estatal en la economía

De conformidad con el Artículo 334 superior, la intervención estatal es el camino elegido por el Constituyente para lograr la racionalización de la economía y, por esta vía, conseguir los propósitos esenciales del Estado social de derecho. La realización de los fines estatales, entonces, encuentra en la intervención una de sus premisas más importantes, de suerte que su desarrollo debe estar *principalmente sintonizado* con dicha forma de organización política.

Basta revisar otra vez la disposición en comento para concluir con claridad que la intervención económica se orienta, predominantemente, 1) a concretar la prevalencia del interés general, supraprincipio inspirador del ser y del obrar del Estado colombiano, y 2) por medio del eficiente aprovechamiento de los recursos que componen la riqueza social.

1. El "interés general" como soporte del ser y el obrar estatal

El Artículo 1.º de la Constitución Política de 1991 dispone que Colombia está constituida como un *Estado social de derecho* fundado, entre otros postulados rectores, en la *prevalencia del interés general*¹⁰. Dentro de las múltiples lecturas que pueden darse a tal enunciado, es plausible entender que lo que allí se señala es que, al menos en términos formales, cualquier manifestación del *ser* y del *obrar* estatal, a un mismo tiempo, tiene como venero y como propósito el conjunto de las preferencias sociales históricas democráticamente priorizadas o, dicho con otras palabras, el cúmulo de necesidades cuya satisfacción demanda la colectividad en un momento dado¹¹.

10 "En la Constitución colombiana, la sujeción al interés general aparece consagrada 'nada más' que en el Artículo 1.º C.P., en donde se prescribe su 'prevalencia' como uno de los cuatro fundamentos del Estado (junto a la dignidad humana, el trabajo y la solidaridad entre las personas)" (CORREA HENAO, 2009, p. 183).

11 "El interés público [...] no es de entidad superior al interés privado, ni existe contraposición entre ambos: el interés público solo es prevaleciente, con respecto al interés privado, tiene prioridad o predomi-

En este orden de ideas, podría señalarse que el Estado colombiano, entendido como organización, tiene el compromiso fundamental de sujetarse al *querer colectivo*, en tanto su raíz jurídico-política y, por supuesto, su razón de ser (Const. Pol., Arts. 1.º y 3.º). En resumen, el Estado colombiano se origina en la prevalencia del interés general y actúa en aras de su consecución y constante preservación¹²; así pues, la *garantía de la prevalencia del interés general* es la finalidad estatal por antonomasia (Const. Pol., Art. 2.º).

Dadas las anteriores precisiones, debe preguntarse ahora: ¿cómo se consigue y se preserva el interés general en la definición primordial de la acción estatal y, más tarde, en cada decisión o ejecutoria de las manifestaciones estatales constituidas? La respuesta a este interrogante, parece, está mediada por la aprehensión de determinados conceptos de raigambre económico y político que, al ser abordados desde el sistema jurídico, permiten contar con mayor claridad en la comprensión del papel del Estado en la tuición del interés general prevalente.

2. La eficiencia: condición para la consecución y preservación del interés general

Uno de los conceptos económicos que la Constitución Política destacó como precepto normativo —el más importante, quizá— es la *eficiencia* (Const. Pol., Arts. 209, 334 y 365). Pero, ¿qué debe entenderse por eficiencia en el contexto constitucional? La respuesta a este interrogante puede construirse a partir de las enseñanzas de Stiglitz (2000), quien resalta tres aspectos que confluyen para conformar un concepto económico de eficiencia con sentido en el ser y el obrar de la organización estatal:

En primer lugar, la economía debe lograr la *eficiencia en el intercambio*, es decir, los bienes deben ir para las personas que más los valoren [...]. En segundo lugar, debe haber *eficiencia en la producción*. Dados los recursos de la sociedad, no debe ser posible producir una cantidad mayor de un bien sin reducir la de otro. En tercer lugar, la economía debe lograr la *eficiencia en la combinación de productos* de tal manera que los bienes producidos sean los que desean los individuos. (pp. 75-76)

Como puede verse, para Stiglitz la eficiencia es, a fin de cuentas, una inclinación hacia el *empleo adecuado* —aplicación, producción y distribución— de los recursos finitos disponibles para la satisfacción de necesidades o, simplemente, *medios*, a efectos, añade Posner (2007), de maximizar el beneficio —social— que puede obtenerse con su explotación.

De lo dicho hasta este punto puede colegirse que la consecución y preservación del interés general depende, en gran medida, del *manejo óptimo* de todos los *medios* con los que

nancia, por ser un interés mayoritario, que se confunde y asimila con el querer valorativo asignado a la comunidad" (ESCOLA, 1989, p. 243).

12 Con todo y reconocer este doble carácter del interés general —fuente del Estado y razón de ser del Estado—, en adelante se aludirá primordialmente a su *aceptación finalista*, esto es, la que entiende al Estado como instrumento para la consecución y preservación de dicho interés.

cuenta la organización estatal. Dicho de otra manera, la condición básica para que el Estado desarrolle sus tareas fundamentales en los términos del Artículo 2.º constitucional deviene de la inteligente asignación de los distintos bienes públicos y privados que, en suma, conforman la *riqueza social*, como el territorio, los recursos naturales, el comercio de bienes, la prestación de servicios y el presupuesto público, entre otros (Const. Pol., Arts. 101, 332, 334, 338, 341, 345 y 365 a 370).

Así pues, siendo evidente la *relación instrumental* entre la eficiencia y la consecución y preservación del interés general, debe preguntarse lo que sigue: ¿cómo obtener una *relación adecuada* en la aplicación de los medios disponibles —entendidos como conjunto— para la obtención de los fines de la organización estatal? O, dicho en otras palabras, ¿cómo lograr la eficiencia como preámbulo a la consecución y preservación del interés general como fin supremo?

Esta pregunta, si fuese formulada a un estudioso de la economía con una visión neoclásica de dicha disciplina, se absolvería con relativa sencillez: todo dependerá, según esta perspectiva, del *libre juego del mercado*, en la medida en que "los mercados responden a las interrogantes básicas de la economía en cuanto a qué producir, cómo producirlo y para quién producirlo" (Case y Fair, 1993, p. 113). En este orden de ideas, dada una necesidad de la colectividad por satisfacer, tanto la organización estatal como los agentes privados estarán prestos a atenderla siempre que los costos de producir la satisfacción —acompañados de una razonable utilidad en el caso de los particulares oferentes— coincidan con la disposición a pagar de la colectividad. En este sentido, habrá eficiencia en la medida en que los medios disponibles se apliquen a las necesidades generales más importantes, pues es en relación con su satisfacción que la sociedad está dispuesta a pagar.

No obstante lo anterior, la realidad ha demostrado que los resultados del mercado como garantía de la eficiencia no son siempre satisfactorios (Rivero Ortega, 2007, pp. 19-20) pues, como apunta Stiglitz (2000), "a menudo parece que los mercados producen una cantidad excesiva de unas cosas [...] y demasiado poca de otras" (p. 91). Tales situaciones de *desequilibrio*, entonces, ameritan que el Estado se reserve ciertos deberes-poderes de *intervención* ordenados a remediar las situaciones de *falla* y, por esta vía, a lograr la eficiencia como condición para la consecución y preservación del interés general.

Ciertamente, resalta Palacios Mejía, repugnaría al Estado social de derecho el mal empleo de los medios disponibles dada la infinidad de necesidades sociales por resolver; la optimización del uso de los medios está en la médula del Estado social, pues la ineficiencia entraña siempre la injusticia¹³. Pero, ¿cómo los poderes de intervención

13 Tal consideración impone a las autoridades el deber de optimizar los medios existentes, esto es, el desequilibrio natural entre medios y fines debe ser afrontado a partir del uso eficiente de aquellos para la consecución de tantos de estos cuantos sea posible. Palacios Mejía (1999a) ilustra con claridad esta cuestión cuando define la eficiencia como "la relación que existe entre la cantidad de recursos que se emplean para producir un bien o servicio, y la cantidad del bien o servicio que se logra; un proceso productivo es más eficiente que otro si, con la misma cantidad de recursos, obtiene mayor cantidad del bien o servicio que se desea" (p. 7).

reservados por la Constitución Política al Estado pueden disciplinar el uso de los medios como herramienta para la consecución y preservación del interés general?

Capítulo II

Elementos definitorios de la intervención estatal en la economía

Dada la caracterización de la *eficiencia* como condición *sine qua non* para la consecución y preservación del *interés general*, supraprincipio rector del Estado social de derecho, puede decirse que la organización estatal debe *propender* a que los diversos *medios* con los que dispone para el logro de sus *fines esenciales* sean empleados de manera óptima. ¿Cómo lograr la consabida optimización entonces?

El camino adecuado para tal cometido, según lo dispuesto por el Artículo 334 constitucional, es la *dirección general de la economía* por parte del Estado. Ciertamente, por medio de esta atribución constitucional, 1) el Estado optimiza el empleo de la riqueza social, y 2) válido para ello de las herramientas que, por virtud de las exigencias de cada momento, sean diseñadas al efecto.

1. Justificación de la intervención

En principio, como se mencionó, los *medios disponibles* en la economía, esto es, los elementos que conforman la riqueza social, pueden ser asignados a los intereses sociales más relevantes como resultado de la libre interacción de los actores que concurren al mercado. A pesar de lo antedicho, la *plena libertad de interacción* no siempre —de hecho, apenas en algunas ocasiones— redundaría en el uso óptimo de los medios existentes. Así pues, como respuesta a esta condición característica de la economía de mercado —pura y simple—, la organización estatal está constitucionalmente investida del *deber-poder de intervención* a efectos de corregir tal situación —comúnmente denominada *falla*—, pues, de otra manera, se comprometería la consecución de valiosos cometidos sociales y económicos¹⁴, algunos de los cuales, por cierto, fungen como propósitos definitorios del Estado (Const. Pol., Arts. 1.º, 2.º, 333 y 334).

La intervención del Estado en la economía, entonces, no es una simple atribución que la norma de normas reserva a los poderes constituidos para que interfieran a voluntad en el normal desenvolvimiento de la economía de mercado. Al contrario, el aludido deber-poder debe ser asumido como un instrumento formal indispensable no solo para *emplear* sino también, algunos pasos más arriba en el *iter* de la economía de mercado, para *dirigir el empleo* —el *acrecimiento*, incluso— de la riqueza social, como quiera que, en su

14 “(Las) finalidades (de la intervención) se pueden agrupar en dos tipos de contenido relacionados, claro, pero diferenciables: uno de orden social (mejoramiento de la calidad de vida, distribución equitativa de oportunidades y beneficios del desarrollo, acceso efectivo de todos, en particular de los de menos recursos, a los bienes y servicios básicos, promoción del desarrollo armónico de las regiones, preservación del medio ambiente), y otro de orden predominantemente económico (racionalizar la economía, promover la productividad y la competitividad)” (CORREA HENAO, 2009, p. 182).

virtud, la organización estatal define, prioriza u ordena qué medios aprovechar y cómo utilizarlos¹⁵.

Por tal razón, tanto la adecuada configuración de las herramientas de intervención como su responsable ejercicio son condiciones de suma relevancia en la buena marcha de la economía de mercado y, por tanto, de la organización estatal. Dicho de otra manera, la intervención se orienta, no a contravenir o entorpecer el ordinario devenir de la economía de mercado, sino por el contrario, a propiciarlo, impulsarlo y, de ser necesario —solo de ser necesario—, a encauzarlo¹⁶.

De algún modo, sin intervención o con intervenciones deficientes los medios materiales que componen la riqueza social simplemente no podrían obrar y ser aplicados en armonía, conforme a un propósito superior, cual es la consecución y preservación del interés general; de esta suerte los medios, aunque posiblemente maximizados en usos particulares se desaprovecharían, deteriorarían o menguarían como *conjunto* —riqueza social—, con la consiguiente frustración del bienestar colectivo.

Las aseveraciones precedentes no son simples *dichos de paso* para atribuir un contenido —uno cualquiera— al concepto *intervención*; al contrario, la figura en estudio resulta ser crucial en el ordenamiento jurídico colombiano, al punto que, en el sentir de Vila Casado (2009), el Estado social de derecho sería impensable sin este deber-poder¹⁷. Tal es su importancia: que la Constitución Política de 1991 en su Artículo 334 la presenta como una cláusula abierta y de amplio espectro, bajo la fórmula de *dirección general de la economía*.

En resumidas cuentas, el Estado colombiano, en virtud de tan vasta habilitación constitucional, funge entonces como *director general* de la economía. No obstante esta afirmación, que podría tomarse por conclusiva de este apartado, debe todavía preguntarse lo siguiente: ¿qué alcance tiene entonces la dirección general de la economía?, o, dicho de otra manera, ¿de qué instrumentos puede valerse el Estado para ejercer la dirección general de la economía?

15 “Al Estado le corresponde ser el artífice de la gestión pública y, en gran medida, el patrocinador de la gestión privada, para que esta se adecue al objetivo esencial de la búsqueda del bien común de los asociados [...].

“Si se tiene en cuenta la amplitud de los recursos destinados a la distribución y redistribución de bienes y servicios económicos, y la complejidad del proceso organizativo y técnico destinado a tal efecto, se puede considerar al Estado de nuestro tiempo como un gigantesco sistema de distribución y redistribución del producto social que afecta a la totalidad de la economía nacional, a las políticas públicas de cualquier especie y a los intereses de todas las categorías y estratos sociales” (VILA CASADO, 2009, pp. 412-413).

16 “El marco de la economía de mercado no excluye, sino que por el contrario permite y, en ocasiones impone, la actuación de los Poderes públicos en el campo económico. Es, en definitiva la doctrina que establece la STC 88/1986 de 1.º de julio: el mantenimiento del mercado y la garantía que la competencia supone para la libertad de empresa, impone precisamente la intervención de los Poderes públicos en la actividad económica de los particulares” (MARTÍN-RETORTILLO, 1988, p. 89).

17 “El Estado social de Derecho requiere del intervencionismo estatal. Más aún, no es posible que exista sin él” (VILA CASADO, 2009, p. 413).

2. Instrumentos de la intervención

De acuerdo con Correa Henao (2009), a diferencia de lo que sucede en otros ordenamientos jurídicos, como el español, por ejemplo, en el cual se consagran potestades de intervención pero se acota su alcance, se predefinen sus manifestaciones o se libra a la discreción pública su ejercicio¹⁸, la Constitución Política de 1991 previó la intervención como un *deber-poder general*. En sus palabras, el Artículo 334 constitucional

...contempla la cláusula definidora del poder de intervención del Estado en la economía, la cual, antes que potestad pública, se convierte en 'imperativo' que es a la vez atributo intrínseco del funcionamiento del sistema económico cuya dirección general, se dice, 'estará a cargo del Estado'. Con este punto de partida, simplemente se desarrolla el significado de la intervención y de los ámbitos en los que puede hacerse efectiva y que alcanza la totalidad de los momentos del ciclo económico: desde la utilización de los recursos naturales y el uso del suelo, hasta el consumo de los productos, y esto tanto para bienes como para servicios de cualquier tipo. (pp. 181-182)

De tal suerte, la intervención estatal es pasible de ejercicio bajo cualquier modalidad, en todos los sectores de la economía y en la plenitud de las fases del ciclo económico¹⁹. A primera vista, en términos constitucionales rígidos, no existe un procedimiento especial,

18 "(En) la norma colombiana (la intervención) se manifiesta a través de lo que podría llamarse el 'principio general de intervención', mientras que en la Constitución española parece claro que su ordenación opera a través de las 'cláusulas específicas'.

[...]

"(El) apartado 2.º del Artículo 128 CE, [...] hace ostensible, primero, que la intervención del Estado no es una habilitación omnicompreensiva sobre los diversos ámbitos y momentos del ciclo económico, sino singularizada, esto es, mediante la relación de tres técnicas expresamente dispuestas, a saber, la de la iniciativa pública en la actividad económica, la de la reserva al sector público de recursos o servicios esenciales, y la de la intervención pública de empresas. Por fuera de estos instrumentos con que cuenta el Estado para actuar directamente sobre la economía, no parece legítimo ningún otro tipo de actuación. "Segundo, la intervención se contempla como una facultad o, en su caso, como una potestad, pero no como una obligación, un imperativo o una característica consustancial al sistema económico constitucionalmente establecido. Por contraste con la norma de la Constitución colombiana, en este Artículo 128 CE la presencia del Estado en la economía se ve reflejada con menor intensidad, toda vez que solo se autoriza, y no se ordena, la iniciativa pública en la actividad económica, y se declara como posible la reserva al sector público de recursos y servicios, y la intervención en las empresas" (CORREA HENAO, 2009, pp. 181-183).

19 Con una visión más restrictiva del alcance la intervención, algunos autores señalan que "en el contexto de un régimen económico en el cual se reconocen la propiedad privada y la libertad económica en sus formas de libre empresa y libre iniciativa, y también la libre competencia como un derecho de todos, la 'dirección general de la economía' a cargo del Estado no puede ser otra cosa que el reconocimiento de su capacidad para incidir sobre las llamadas variables macroeconómicas: crédito, moneda, régimen de cambios, política fiscal y por supuesto sobre el gasto y la inversión públicos, como elementos de primera importancia en el desempeño de cualquier economía" (LLERAS DE LA FUENTE, ARENAS CAMPOS, CHARRY URUEÑA y HERNÁNDEZ BECERRA, 1992, p. 554).

un mecanismo concreto o una cota determinada para el desarrollo de esta tarea distinta, claro está, a la protección de los derechos fundamentales y económicos de los asociados (Escola, 1989, pp. 246-247).

De esta manera, el Estado colombiano cuenta con una amplísima baraja de posibilidades, a efectos de dirigir la economía²⁰, que fluctúan desde la adopción de decisiones generales hasta la realización de ejecutorias particulares. Tal indefinición primigenia, sin embargo, termina siendo acotada al final del día por las exigencias de la realidad, el balance de las fuerzas del mercado y las prácticas y discursos político-económicos circulantes, vale decir, la dimensión de la intervención dependerá de las fórmulas con las cuales se compongan las disposiciones que sustentan las diferentes herramientas para su ejercicio y del alcance normativo que históricamente se le confiera.

En este orden de ideas, la organización estatal, si así lo decide, podría planificar el rumbo de la economía de mercado con el objeto de que la libertad no sacrifique los equilibrios sociales y ambientales; podría asimismo regular las actividades económicas para establecer márgenes precisos dentro de los cuales la libertad de empresa habrá de desenvolverse y, por supuesto, vigilar que dichos márgenes se observen y sancionar a quien los desconozca; podría de igual forma tomar medidas para fomentar el desarrollo de este o aquel sector, que irían desde el establecimiento de incentivos regulatorios hasta la asignación directa de subvenciones; podría desde luego, en aras de lograr la igualdad y proteger los derechos fundamentales de todos los asociados, imponer cargas redistributivas o adoptar medidas de discriminación positiva y fomentar acciones afirmativas para beneficiar a determinados sectores de la población en condiciones de debilidad o vulnerabilidad y, de esta manera, lograr que superen la situación desventajosa; podría también participar directamente en el mercado como demandante u oferente de bienes y servicios y hasta reservarse el desarrollo de determinadas actividades; podría, en fin, limitar el ejercicio de ciertas libertades prohibiendo determinadas manifestaciones de estas o sujetando su ejercicio a permisiones previas —sean estas autorizaciones o licencias— e, incluso, incidir en el alcance de los derechos de los particulares a efectos de maximizar los beneficios colectivos por medio del ejercicio de poderes de delimitación, fraccionamiento y expropiación.

En conclusión, la Constitución Política de 1991 defirió a la organización estatal la dirección general de la economía aunque, según parece, la norma de normas no estableció límites o instrumentos expresos para su ejercicio. ¿Puede entenderse entonces que el deber-poder de intervención no tiene limitaciones más allá de las fórmulas empleadas para su configuración concreta? O, por el contrario, ¿debe asumirse que la Constitución, aun cuando no fue completamente explícita, señaló los cauces dentro de los cuales es admisible el ejercicio de la dirección de la economía por parte de la organización estatal?

20 "El concepto de intervención es muy amplio, ya que engloba distintas formas de incidencia del Estado sobre la Economía" (RIVERO ORTEGA, 2007, p. 19).

Capítulo III

Límites constitucionales al deber-poder de intervención económica

El deber-poder de intervención en la economía, según se dijo, fue concebido en la Constitución Política de 1991 como una *atribución genérica* radicada en cabeza de la organización estatal a efectos de racionalizar la economía y, por esta vía, conseguir y preservar el interés general. Dado este ambicioso marco teleológico, la norma de normas, al menos a simple vista, no le señaló a tal figura limitaciones, manifestaciones o procedimientos de eficacia concretos. De esta suerte, según la literalidad de la primera parte del Artículo 334 superior, la dirección general de la economía, esto es, la intervención encaminada a materializar el interés general podría, virtualmente, *ejercerse en cualquier medida y apelar a cualquier medida*.

No obstante cuanto acaba de decirse, lo cierto es que, como todas las manifestaciones del obrar público en el contexto del Estado constitucional, la intervención estatal en la economía también está sujeta a determinados *cauces* que, aunque no son siempre expresos²¹, se deducen con relativa facilidad tras la lectura sistemática de la normativa superior. La clave para su identificación, entonces, reside en discernir, por un lado, el alcance que puede atribuirse a una determinada medida de intervención, esto es, *hasta dónde intervenir* y, por el otro, la específica fuente jurídica que puede dar origen a una medida de intervención específica, vale decir, *qué medida interventora emplear según el ordenamiento jurídico*.

1. Alcance jurídico plausible de la intervención en concreto

Según se ha dicho, la racionalización de la economía, preámbulo a la materialización del interés general que define el ser y el obrar del Estado, se consigue por virtud de decisiones o ejecutorias públicas orientadas predominantemente a generar incentivos —que de algún modo son una forma especial de *limitación de la libertad*²²— o a imponer cargas cuya intensidad, dada la fórmula imperativa del Artículo 334 constitucional, puede fluctuar

21 La Constitución Política consagra algunos límites expresos a la facultad de intervención del Estado en la economía. Entre tales cotas se reconocen la primacía de los derechos inalienables de la persona (Art. 5.º), la perentoria prohibición constitucional para adoptar medidas confiscatorias (Art. 34) y la consagración del deber público de reparar daños antijurídicos derivados de una concreta intervención (Art. 90).

22 En estricto sentido, incluso en aquellos eventos en los cuales las medidas de intervención toman la forma de *incentivo* o *beneficio*, estas suponen una *modulación de las libertades* pues, por virtud del poder público, modifican la asignación de recursos propia del juego habitual del mercado —*imperio de la libertad*—, asignando bienes y derechos a unos agentes y, de alguna manera, recortándolos a otros. De hecho, el propio beneficiario de la medida ve coartada parte de su libertad, como quiera que el mejoramiento de su condición deviene, no de su iniciativa, diligencia, pericia o buena conducción en el mercado a partir de la maximización de los propios medios, dotaciones iniciales y ventajas competitivas, sino simplemente de una decisión oficial que asume que será él quien mejor valorará los recursos asignados o las ventajas conferidas.

entre niveles cercanos a la abstención²³ y la limitación intensa de determinados intereses jurídicos particulares, como podrían ser la libertad (Const. Pol., Arts. 16 y 26), los derechos económicos (Const. Pol., Arts. 58 y 333) y, en alguna medida, los derechos fundamentales (Const. Pol., Arts. 13, 16, 25 y 26). En otras palabras, la consecución y preservación del interés general se logra en buena medida por medio de la intervención del Estado en la economía y esta, a su vez, se lleva a cabo por medio de decisiones y actuaciones públicas que, predominantemente, buscan limitar el alcance primigenio de los distintos intereses jurídicos que conforman la riqueza social, a efectos de armonizar su ejercicio para encauzarlo en la procuración de aquello que se entienda por interés general en cada momento de la historia.

De lo anterior se colige que los intereses jurídicos, en general, no pueden ser llevados hasta sus últimas consecuencias, opción que riñe con la prevalencia constitucional del interés general; de alguna manera, el Estado debe intervenir en su ejercicio, modularlos, pues de lo contrario, antes que dividendos sociales, su absoluta extensión puede generar distorsiones en el intercambio de derechos, conductas abusivas, asimetrías, oportunismo, gorroneo —*free riders*—, cacería de rentas —*rent seekers*— y otras situaciones de falla que, en conjunto, comprometen el aprovechamiento eficiente de la riqueza social y, por esta vía, frustran la consecución del bienestar colectivo. El Estado, entonces, *dirige la economía* a fin de garantizar que los casos de tensión entre el parecer del individuo —su interés particular— y el bien público se desaten a favor de este último, en la medida en que en un Estado que se precia de ser "social de derecho" no pueden existir intereses o derechos individuales intangibles²⁴, máxime si su plenitud compromete la consecución y preservación del interés general²⁵.

A pesar de lo dicho hasta este punto, no puede atribuirse a la formulación que encabeza el Artículo 334 constitucional —"[la] dirección general de la economía estará a cargo del Estado"— un alcance *omnímodo* en relación con los intereses jurídicos particulares so pretexto de garantizar la consecución y preservación del interés general. Al

- 23 Como se afirmó antes, la abstención propiamente dicha supone, por supuesto, la *no intervención*, opción, al parecer, descartada por la norma de normas.
- 24 "[A] causa de sus antecedentes en el Estado liberal de derecho, la regla general en el Estado constitucional es la vigencia de los derechos fundamentales. En el Estado constitucional los ciudadanos gozan de una libertad y de unos derechos fundamentales *prima facie*, anteriores a cualquier concesión o restricción del poder político. Estos derechos, no obstante, pueden ser restringidos por el Estado, a partir del acto fundacional de la sociedad civil, por cuanto la finalidad de la fundación de dicha sociedad radica precisamente en la armonización del ejercicio de los derechos de los distintos titulares, por medio de reglas jurídicas, para superar la situación de caos que produce la libertad absoluta. La sociedad civil reemplaza la ley del más fuerte por la ley jurídica" (BERNAL PULIDO, 2008, p. 81).
- 25 Téngase presente, como corroboración de este punto que, de conformidad con los artículos 25, 58 y 333 de la Constitución Política, los derechos económicos entrañan siempre una cierta *vocación procomunal*. Así las cosas, el trabajo es concebido no solo como derecho, sino además, como "una obligación social". La propiedad, piedra angular de los sistemas económicos liberales, por su parte, es definida como "una función social que implica obligaciones". La actividad económica y la iniciativa privada, en fin, "son libres, dentro de los límites del bien común", de suerte que "la empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones".

contrario, la intervención, en tanto *límite* a un interés —que puede a su vez reconducirse a un derecho constitucional—, debe estar mediada por la observancia de determinadas reglas garantes de su *juridicidad*. Así pues, aunque en principio, salvo restricciones constitucionales puntuales (Const. Pol., Art. 34), se admite cualquier medida de intervención, su alcance concreto ha de sujetarse a determinados parámetros garantes de la esencia de los intereses jurídicos intervenidos. Al respecto, Bernal Pulido (2008), por ejemplo, llama la atención en relación con la existencia de *límites constitucionales a la configuración de límites a los derechos e intereses jurídicos de los particulares por parte de las autoridades constituidas cuando de conseguir y preservar el bien común se trata*²⁶.

Así las cosas, aun cuando el Estado tiene la competencia constitucional de efectuar intervenciones procomunales, existe un *punto* a partir del cual estas no son correctas, en la medida en que las aflicciones que desencadenan en procura del interés general son de tal envergadura que su desarrollo implica más costos que beneficios sociales. En otras palabras, la materialización del interés general, por relevante que sea en el plano constitucional, no puede cifrarse en intervenciones ilimitadas, pues por esta vía, en lugar de bienestar colectivo, lo único que se consigue es deteriorar la riqueza social y, por tanto, contravenir la justicia (Palacios Mejía, 1999a, pp. 7-8).

El punto hasta el cual puede intervenir el Estado en procura del interés general, entonces, está marcado por una suerte de *balance* o *equilibrio* entre la significación del provecho colectivo que en su virtud puede alcanzarse y los sacrificios que su eficacia conlleva en consideración la específica afectación al interés jurídico intervenido, o los costos de una reparación sobreviniente.

En efecto, en el sistema constitucional colombiano los intereses jurídicos, particularmente aquellos con una clara dimensión económica, tienen un determinado *peso jurídico*. Este peso, sin embargo, no es *implícito*; esto es, un interés jurídico no puede tener un peso invariable, ni mucho menos uno que lo ponga en situación siempre ventajosa frente a otros intereses. El peso, al contrario, dependerá de cuánto puede aportar ese interés en la generación o preservación del interés general en un momento dado y esto, como puede intuirse, solo es posible cuando se compara el aporte de un interés frente al de otro.

Así las cosas, no existe un interés jurídico que, *a priori*, sea más importante que otro, ni siquiera cuando la ley lo califica como manifestación concreta del interés general. La prevalencia, esto es, el mayor peso de un interés jurídico en un caso concreto, dependerá del *balance* obtenido tras la interrelación de varios intereses en función de su específico aporte a la maximización de la riqueza social.

Como puede verse, el aludido balance entre los distintos intereses en juego en un caso concreto busca establecer cuál de ellos es el que más aporta en la generación o preservación del interés general, de lo que resulta que la clave para determinar cuál es el interés con más peso en esa situación es su *eficiencia*, vale decir, la relación entre costos incurridos y el aporte a la consecución y preservación del interés general como propósito.

26 Según Bernal Pulido (2008) "las restricciones que el Estado, en nombre de la sociedad civil, impone a los derechos fundamentales también están sujetas a ciertas restricciones" (p. 81).

Vistas de esta forma, bien puede concluirse que las intervenciones procomunales, para ser *correctas*, deben ser eficientes, esto es, lograr su propósito específico —la materialización del interés general— con la menor inversión posible de recursos. Lo anterior, de alguna manera, equivale a señalar que el total sacrificio de los intereses intervenidos o la generación de costos de intervención superiores al bienestar conseguido conducen a la ilegitimidad, cuando no a la inconstitucionalidad, de la medida de intervención concreta.

La *eficiencia*, entonces, es la clave para establecer hasta dónde puede intervenir el Estado. Pero, ¿cómo determinar que esta o aquella alternativa es más o menos eficiente?, ¿cómo saber hasta qué punto es admisible el desarrollo de una intervención procomunal?, ¿de qué manera determinar que tal o cuál interés jurídico tiene un mayor peso en el caso concreto y, por tanto, debe prevalecer? La aplicación del principio de proporcionalidad y, en particular, del *subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto o mandato de ponderación* —que en adelante se denominará *ponderación*— puede brindar las pistas necesarias para responder a tales interrogantes siempre y cuando su lectura, además de respetar los precisos términos de la dogmática jurídica, incorpore algunos elementos propios del análisis económico del derecho.

En efecto, la aproximación a esta problemática desde la ponderación permitiría determinar *hasta qué punto* es constitucionalmente admisible que el Estado, a efectos de materializar el interés general, intervenga en el alcance de determinados intereses jurídicos que estén en tensión con otros a los cuales se endilga más cercanía al primero.

La anterior aseveración puede reconducirse a dos *premisas básicas*. En primer lugar, señálese que una intervención procomunal solo es correcta cuando acoge de forma irrestricta los elementos definitorios de la ponderación lo cual, en cierta medida, está relacionado también con el respeto que la intervención particular profese por los demás subprincipios de la proporcionalidad, esto es, la *idoneidad* y la *necesidad*. En segundo lugar, téngase presente que toda intervención procomunal que, tras adecuarse a la idoneidad y la necesidad, acoge con rigor los elementos propios de la ponderación es, al mismo tiempo, eficiente y, por tanto, justa y conveniente. Las señaladas premisas, a su turno, se basan en los siguientes razonamientos jurídico-económicos.

En principio, una intervención procomunal solo es admisible cuando la afectación del interés intervenido es útil —*idónea*— para racionalizar la economía en pos de procurar la satisfacción de necesidades colectivas. Súmese a lo anterior el hecho de que la intervención procomunal útil solo es aceptable si es, a la vez, imprescindible —*necesaria*—, en tanto no existe otra alternativa menos gravosa para el alcance del interés intervenido y que, al tiempo, conduzca al mismo resultado o a uno incluso más adecuado; vale decir, en ausencia de la específica intervención o bien habría sido imposible la satisfacción de la necesidad colectiva, o bien se habría precisado de una medida más intrusiva. Con todo esto, la decisión de efectuar una intervención procomunal, a pesar de ser útil e imprescindible, debe ser *ponderada*, en cuanto la restricción al interés intervenido, esto es, el costo de la aflicción es significativamente inferior al beneficio colectivo de allí devenido, por lo que los sacrificios del alcance de los derechos de los asociados son compensados —directa e indirectamente— por el mejoramiento de la situación general (Bernal Pulido, 2014,

pp. 51 y ss.). Lo anterior equivale a como si se dijera que la intervención procomunal en un determinado interés jurídico es, en el fondo, una suerte de daño antijurídico derivado de la ruptura del equilibrio ante las cargas públicas, razón por la cual su eficacia genera costos relativos a la reparación de los perjuicios irrogados; de esta suerte, antes de limitar el interés, debe considerarse si la significación de la satisfacción colectiva es de tal envergadura que permitirá cubrir los costos que le son propios y, aun así, dejar un balance favorable para la sociedad en términos de medios de satisfacción (Roemer, 2008, p. 28).

De todo lo anterior resulta que aquella intervención procomunal que es valorada favorablemente desde los subprincipios que componen el principio de proporcionalidad, en especial desde la ponderación es, al mismo tiempo, una intervención eficiente. Lo anterior obedece al hecho de que una intervención ponderada —a la vez que idónea y necesaria— resulta ser *el mejor uso posible de los medios dispuestos para la satisfacción de necesidades colectivas en tanto obtiene la mayor cantidad de bienestar general con la menor cantidad de sacrificios posible*. En resumen, *una intervención ponderada es eficiente y, por tanto, justa y conveniente, lo que, a fin de cuentas, la convierte en una intervención correcta*.

2. La legalidad de los mandatos de intervención

Como se vio, una primera aproximación al deber-poder de intervención en la economía deja la sensación de que el constituyente no formuló con mucho esmero los procedimientos, herramientas o límites previos para su ejercicio. Lo importante, según parece, es que las medidas interventoras adoptadas por el Estado cumplan de manera legítima con los propósitos que las inspiran, esto es, que garanticen la eficiencia como preámbulo a la consecución y preservación del interés general en el marco de la ponderación.

No obstante lo anterior, no toda decisión pública de intervención, por sintonizada que parezca estar con el logro del interés general y por respetuosa que sea de la ponderación y todo su entorno principal es, de suyo, plausible. Además de estos lindes, teleológicos unos, instrumentales otros, la Constitución Política de 1991 determina en forma perentoria que las medidas de intervención, sin importar su alcance concreto y sin identificar todavía la autoridad encargada de ejecutarlas, precisan de una forma especial de exteriorización sin la cual no pueden surtir efecto alguno: *el principio de legalidad o reserva de ley* (Const. Pol., Arts. 6.º, 25, 58, 84, 121, 122, 150 y núm. 21, 333 y 334).

La razón para esta toma de partido constitucional es, en principio, simple. En cualquier Estado de derecho contemporáneo, la Constitución Política funge como la principal fuente formal del ordenamiento jurídico (Const. Pol., Art. 4.º), pero no representa, por supuesto, el ordenamiento jurídico en su integridad. En efecto, con todo y la trascendental significación que se atribuye a la *norma de normas*, esta no podría configurar de manera plena las pautas jurídicas requeridas para delinear la interacción social. Precisamente por este motivo, la propia Constitución configuró las instituciones y autoridades que conformarían la organización estatal y definió los marcos jusfacientes que a cada una de ellas concernirían a efectos de continuar la tarea de *creación* del ordenamiento jurídico. Ahora bien, dentro de los referidos marcos jusfacientes la Constitución Política, en aras

de garantizar la construcción democrática del ordenamiento jurídico, estableció una serie de *cláusulas neutras reservadas al legislador*, esto es, materias de textura abierta cuyos contenidos concretos *únicamente* podrían ser definidos por el órgano legislativo (Ariño Ortiz, 2003, pp. 110-111; Parejo Alfonso, 2009, pp. 115 y ss.).

De conformidad con lo anterior debe concluirse que, por virtud del Artículo 150 numerales 21 y 334 constitucionales, las decisiones generales sobre *intervención económica* son privativas del legislador²⁷. Así pues, tanto la decisiones en torno a aquello que debe entenderse por interés general, así como las que se ordenan a la definición de los medios para su consecución y preservación y las relativas a la asunción de los costos que ello implica ameritan, por su importancia social, un ejercicio de deliberación democrática. Por tal razón el legislador, en tanto representante del pueblo, es el llamado a definir las razones de interés general que justifican la intervención, las medidas para hacerlo y los alcances que estas pueden tener cuando interactúa con derechos reconocidos en la Constitución.

De lo dicho hasta este punto se colige que la determinación de las pautas generales para la dirección general de la economía es una cuestión *reservada* al legislador pues, según el Artículo 334 superior, solo se interviene "por mandato de la ley". Tal postulación se reitera en otras disposiciones constitucionales en las que se esclarece que el ejercicio del deber-poder de direccionar, en cualquier sentido, una cierta manifestación de la economía o de incidir en el alcance de un interés jurídico solo es aceptable cuando media una habilitación legal que consagre la competencia interventora, su propósito puntual y su alcance en cada caso.

Así por ejemplo, el Artículo 58 de la Constitución establece que las limitaciones al derecho de dominio —y no exclusivamente la expropiación— deben estar contenidas en una norma con rango material de ley, comoquiera que solo ella puede establecer de forma general los motivos de utilidad pública o intereses sociales capaces de exceptuar o restringir los derechos adquiridos. A su turno, el Artículo 26 constitucional señala que la exigencia de títulos de idoneidad para el ejercicio de determinadas profesiones u oficios *únicamente* puede tener asiento en la ley. En un sentido bastante similar, el Artículo 84 superior dispone que "cuando un derecho o una actividad hayan sido reglamentados de manera general, las autoridades públicas no podrán establecer ni exigir permisos, licencias o requisitos adicionales para su ejercicio". Finalmente, el Artículo 333 de la Constitución Política resalta que frente al ejercicio de actividades económicas y de la iniciativa privada "nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley".

De hecho, como mecanismo adicional para reforzar la intangibilidad de la legalidad como componente rígido del concepto constitucional de intervención económica, la norma de normas, en su Artículo 121, consagra el principio de *competencia restrictiva*

27 En opinión de Correa Henao (2009), la Constitución, de forma expresa o genérica, habilita al legislador para definir los contenidos específicos de determinados conceptos constitucionales; esta tarea se relaciona con el *principio de legalidad* que caracteriza las intervenciones en los derechos. La libertad de configuración se evidencia, sobre todo, en la Constitución Económica, pues el sistema económico es una realidad social, por lo que su *regulación* —reglas de juego— debe tener una plena legitimación democrática (pp. 89 y ss.).

(Ortiz Castro, 2005, p. 159), también conocido como *legalidad de las funciones públicas* (Lleras de la Fuente, Arenas Campos, Charry Urueña y Hernández Becerra, 1992, p. 251), en cuya virtud "ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley" a efectos de evitar, entre otras cosas, que las autoridades administrativas, so pretexto de proteger el interés general, se arroguen la facultad o invoquen *competencias putativas o implícitas* (Const. Pol., Arts. 6.º, 121 y 122) para direccionar determinado sector de la economía, o para incidir en el alcance de este o aquel interés jurídico subjetivo.

Pero, ¿por qué la ley desempeña un papel tan preponderante en la definición de los alcances de la intervención estatal en la economía?, o más precisamente, ¿por qué si la intervención es tan importante para lograr el uso óptimo de los medios como preámbulo a la consecución y preservación del interés general se requiere la actuación del legislador para la toma de estas decisiones en lugar de habilitar la acción administrativa directa, siempre más oportuna y próxima a la realidad?

La respuesta a estos interrogantes, dependiendo de la perspectiva desde la cual se los aborde, puede fluctuar entre la simpleza más tajante representada en la socorrida *autorreferencia normativa* que apela, sin más, al hecho de que *así lo dispuso el constituyente*, hasta una visión un tanto más refinada que indague en fuentes doctrinales, históricas, económicas y sociales para entender las razones que animaron al Constituyente para tomar tal decisión. Esta última perspectiva no precisa, sin embargo, de la búsqueda del *espíritu del Constituyente* —cosa por demás esotérica— para entender las motivaciones más profundas de su decisión; basta con indagar por el entorno jurídico-político que la inspira y este, en general, está vertido en los principios fundamentales de la Constitución Política de Colombia.

Téngase presente, en primer lugar que, según se dijo, la intervención en la economía busca garantizar la eficiencia en relación con el empleo y la asignación de los medios disponibles —*riqueza social*— como condición esencial para el logro del interés general (Const. Pol., Arts. 1.º, 2.º, 58, 209, 333, 334 y 365). Esta sola definición connota ya un denodado cariz democrático en la medida en que el *interés general*, para ser tal, solo puede ser establecido por el colectivo mismo (Const. Pol., Arts. 1.º y 3.º).

Así las cosas, cuando la Constitución Política, en su Artículo 1.º, dispone que Colombia es un Estado social de derecho fundado en la prevalencia del interés general, en el fondo está indicando que el ser y el obrar del Estado se cimientan en las preferencias colectivas históricas las cuales, para poder surtir tales efectos —*fundacionales*, podría decirse—, deben ser exteriorizadas por los cauces de la participación reconocidos en la norma de normas (Const. Pol., Arts. 3.º y 103). La definición del interés general, entonces, es *democracia en movimiento*.

La afirmación precedente es corroborada por el Artículo 3.º superior, según el cual "la soberanía reside exclusivamente en el pueblo, del cual emana el poder público". Esta disposición, en el contexto de la explicación de la intervención económica, contiene dos ideas fundamentales. La primera consiste en que el poder público, ejercido a su vez por las organizaciones y las autoridades, no es sino la expresión política de las preferencias

sociales, de suerte que toda manifestación de los órganos constituidos, en tanto emanación de este poder, debe orientarse a satisfacer las necesidades que le dan origen. La segunda, por su parte, relativiza el interés general, en tanto supone que dicho concepto no tiene un contenido universal sino que, al contrario, es contingente, pues depende de las necesidades que la colectividad prioriza en cada momento de la historia.

Ahora bien, a efectos de exteriorizar las necesidades colectivas históricas que dotan de sentido y contenido al poder público, la Constitución Política establece ciertos mecanismos para que el pueblo haga valer su condición —*venero del poder público* (Const. Pol., Arts. 3.º y 113)—, "sea en forma directa o por medio de sus representantes" (Const. Pol., Art. 3.º). Uno de estos mecanismos, el más importante quizá, es el *sufragio* (Const. Pol., Art. 40 núm. 1.º, 95 núm. 5.º, 103, 258 y 260).

En virtud de este instrumento los miembros del pueblo cualificados para manifestar sus preferencias (Const. Pol., Art. 99) eligen de forma directa a los sujetos que fungirán como sus voceros para la administración de lo público y el ejercicio del poder en su nombre (Const. Pol., Art. 260). De entre tales voceros, por cierto, la Constitución señala que los miembros de los cuerpos colegiados de elección popular "representan al pueblo y deberán obrar consultando la justicia y el bien común" (Const. Pol., Art. 133).

Por esta razón, la Constitución encarga a estos servidores algunas de las decisiones jurídicas más relevantes, capaces incluso de modificar el rumbo de la economía o el equilibrio de las fuerzas políticas. Son ellos los encargados de *decantar* las preferencias colectivas y, al consultar "la justicia y el bien común", tomar las determinaciones necesarias para satisfacer las necesidades que el pueblo exterioriza en cada momento (Const. Pol., Arts. 150, 151, 152, 300 y 313).

Las manifestaciones normativas que mandan la intervención económica, sin embargo, no pueden ser adoptadas indistintamente por los diversos cuerpos colegiados de elección popular. En efecto, la Constitución Política manda, de manera expresa, que este tipo de decisiones solo pueden ser adoptadas por el legislador (Const. Pol., Arts. 150 núm. 21 y 334). La razón para esta reserva, según puede colegirse del texto constitucional, es harto compleja. De cierta forma, la justificación de esta toma de partido constitucional debe tener en cuenta, de consuno, elementos políticos y económicos, según pasa a verse.

Así pues, en relación con el aspecto político de tal reserva, puede señalarse que esta, en principio, parte del supuesto de que el legislador, al igual que cualquier corporación de elección popular, representa al pueblo (Const. Pol., Art. 133), pero que a diferencia de las asambleas departamentales y los concejos distritales y municipales (Const. Pol., Arts. 299 y 312) sus decisiones (Const. Pol., Art. 150 núm. 1.º) están llamadas a surtir efectos en todo el territorio nacional y en relación con todos sus habitantes, puesto que según la doctrina juspublicista más difundida, el legislador funge como representante de la Nación²⁸. De alguna manera, así como el alcance general de la potestad jusfaciente

28 "De acuerdo con la teoría tradicional, a la función adscrita al Parlamento o Congreso le compete la expedición de normas jurídicas de carácter general, que son aplicables a todos los individuos de un Estado, en tanto que tales normas son impersonales y abstractas. Su órgano propio, el Parlamento (Congreso,

del legislador oficia como garantía del carácter *unitario* de la República (Const. Pol., Art. 1.º), en tanto se orienta a conservar la unidad nacional (Henaó Hidrón, 2001, p. 130) y a encauzar la autonomía territorial hacia el logro de propósitos comunes a todos (Vila Casado, 2009, p. 353), el hecho de que la intervención en la economía haya sido reservada a la ley garantiza el buen funcionamiento de un mercado nacional (Const. Pol., Art. 333), al evitar que las reglas de juego varíen de un lugar a otro (Correa Henaó, 2009, pp. 212 y ss.) pues, por esta vía, se diferiría el uso eficiente de la riqueza social y, por ende, la consecución y preservación del interés general.

Por otra parte, en lo relativo al aspecto económico, las decisiones que mandan la intervención económica, dada su relevancia para la consecución y preservación del interés general, deben ser tomadas por el legislador, a efectos de garantizar que los incentivos o cargas al ejercicio de derechos o libertades económicas, así como los gastos que su implementación precisa, surjan del consenso social virtualmente garantizado por la exteriorización de decisiones por parte del legislador.

TÍTULO II

LA LEY DE INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE COMO UNA LEY DE INTERVENCIÓN ECONÓMICA

Como se sabe, el Artículo 334 constitucional es la *pedra angular* sobre la cual se cimienta el rol interventor del Estado en la economía. Por virtud de esta disposición concierne al Estado, por mandato de la ley, la optimización del empleo de la riqueza social, sea por medio de la configuración de incentivos o de la limitación *proporcionada* de intereses jurídicos, a efectos de satisfacer las necesidades colectivas históricas priorizadas de conformidad con los cauces institucionales vigentes en cada momento.

En desarrollo de tal postulación, el legislador ha expedido en los últimos años una serie de medidas encaminadas a disciplinar aspectos como "la explotación de los recursos naturales, [...] el uso del suelo, [...] la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y [...] los servicios públicos y privados", como condición necesaria para "racionalizar la economía", en tanto instrumento-fin ordenado a "conseguir [...] el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano".

En términos generales, el legislador, por medio de estas normativas especiales, dispone acciones, instrumentos, programas, políticas, cargas, derechos y responsabilidades que, de una u otra manera, determinan el obrar tanto de los particulares —en el contexto de la libertad— como el de las autoridades —por medio de la atribución de competencias—, a efectos de mejorar el conjunto de condiciones en las que se desenvuelve la colectividad como preámbulo a la satisfacción de sus necesidades.

Dieta, Duma, *Knesset*, etc.) es el cuerpo representativo de la opinión nacional" (ORTIZ CASTRO, 2008, p. 188).

Dadas estas premisas, bien podría decirse que el marco normativo recientemente expedido en orden a favorecer el desarrollo de proyectos de infraestructura de transporte y contenido en la LIT constituye un ejemplo particular de normativa de intervención económica. En efecto, el conjunto de disposiciones contenido en la LIT se encamina a la reorganización de la institucionalidad que rodea la planificación y el desarrollo de los proyectos de infraestructura de transporte, así como al establecimiento de prerrogativas en su favor y de reglas para solucionar la colisión entre el interés viario y otros intereses jurídicos, en tanto se estima que el crecimiento económico y el mejoramiento de la calidad de vida de la población, o lo que es lo mismo, el interés general, dependen, en buena medida, del estado de los bienes que soportan la movilización de la riqueza social. De cierta manera, la revisión de la historia de esta normativa (Capítulo I), así como la sustancia de sus disposiciones (Capítulo II) dan sustento a esta afirmación.

Capítulo I

Origen político y normativo de la Ley de Infraestructura de Transporte

La LIT fue expedida el 22 de noviembre de 2013 tras un trámite, un tanto lento al comienzo, pero vertiginoso en su etapa final, en el que el Gobierno Nacional —Ministerio de Transporte (MIT)—, autor de la iniciativa, hizo valer sin mayores reservas sus mayorías en el Congreso de la República —la llamada Unidad Nacional—. La historia de esta disposición, sin embargo, supera por mucho los pormenores —el anecdotario, por poner un nombre— del trámite del Proyecto de Ley 223 de 2013 presentado ante la comisión sexta del Senado por la entonces ministra del transporte, Cecilia María Álvarez-Correa Glen.

De cierta manera, esta normativa pretendió poner punto final a una dilatada historia de fracasos institucionales que han conducido al atraso vergonzoso de la infraestructura de transporte en Colombia, no en comparación con las vías de las potencias mundiales —esto dejaría a Colombia todavía peor—, sino en relación con la infraestructura de los países de la región que, como Ecuador, Perú, Chile, Honduras o Nicaragua, y de naciones africanas, como Kenia o Uganda, nos superan por mucho en esta materia²⁹.

Así las cosas, por tomar un punto de partida relativamente cercano en el tiempo y directamente relacionado con la coyuntura que dio origen al nuevo marco normativo de la infraestructura de transporte, (1) la indagación en torno a los orígenes de la LIT puede principiar en la fallida política de infraestructura de transporte formulada en las leyes 812 de 2003 y 1151 de 2007, contentivas de los planes de desarrollo del entonces presidente Álvaro Uribe Vélez. Tras ocho años de pobre ejecución en materia de infraestructura de transporte, agravada al final por una crisis invernal como no se recuerda en la historia colombiana, el Gobierno encabezado por el presidente Juan Manuel Santos Calderón se

29 A nivel global, Colombia es uno de los países en peor situación vial. Según el informe de 2012 del Foro Económico Mundial, Colombia presenta serias deficiencias en esta materia; de hecho, entre los 144 países analizados, el nuestro ocupa el puesto 126 en este indicador, muy por debajo de Estados como Uganda, Kenia, Nicaragua y Honduras (ORDUZ, 2012).

enfocó en su primera etapa (2) en diagnosticar —reiterar sería otra forma de decirlo— los problemas que rodeaban la estructuración y ejecución de los proyectos de infraestructura de transporte, en documentarlos en informes, consultorías y lineamientos de política pública y en promover algunas reformas normativas puntuales frente a algunos de ellos. En fin, este proceso de diagnóstico y reformas, tan estéril en ejecutorias como el lapso que le antecedió, (3) tuvo su síntesis en la consolidación de un proyecto normativo, aprobado luego como Ley 1682 de 2013, ordenado —como ingenuamente se espera de cualquier reforma estructural— a solucionar de manera definitiva, programática e integral los problemas que en la práctica experimentaba el sector de infraestructura de transporte en el país.

1. *La infraestructura de transporte en el Estado comunitario*

En el Manifiesto Democrático, plataforma política con cien propósitos de gestión presentada por el entonces candidato presidencial Álvaro Uribe Vélez con miras a las elecciones de 2002, se lee lo siguiente:

85. Buscaremos un convenio con los productores de cemento y asfalto, con los centros de estudio, los ingenieros y los bancos, para emprender un masivo plan de pavimentos en las vías del agro. Continuaremos los proyectos viales en marcha y adicionaremos otros. Avanzaremos con la concesión ya otorgada en ferrocarriles y el estudio de nuevos proyectos. (Uribe Vélez, s. f.)

De cierta forma, este lineamiento programático constituiría la base de lo que sería en adelante la política pública del Gobierno del Estado comunitario en materia de infraestructura de transporte. Así pues, lo que fue una promesa de campaña se convirtió en la pilastra para formular los principales programas de inversión del Gobierno en materia de infraestructura según se desprende del Plan de Inversiones Públicas establecido en la Ley 812 de 2003, "por la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, *hacia un Estado comunitario*".

En efecto, el Artículo 8.º de la mencionada normativa, que detalló los programas de inversión más relevantes, estableció en su literal b un rubro específico dedicado a fomentar el crecimiento económico sostenible y la generación de empleo. Entre las líneas de inversión definidas en esta disposición se determinó impulsar "la infraestructura estratégica en transporte". Así pues, el desarrollo de infraestructura de transporte fue considerado como un instrumento esencial para la concreción del interés general ya que, por intermedio suyo, se favorecía el crecimiento económico, el mejoramiento de la calidad de vida y la distribución equitativa de las oportunidades y beneficios del desarrollo³⁰. La infraestructura de transporte fungía como medio para el desenvolvimiento de actividades como el comercio, la provisión de servicios o la seguridad, por lo que

30 La política pública de infraestructura de transporte del Estado comunitario, para usar los términos del Artículo 334 superior, revistió la forma de intervención en "la producción, distribución, utilización y

buena parte de la acción pública, entonces, debía enfocarse en el mejoramiento de la infraestructura de transporte.

Tal formulación de la dirección de la política pública tenía, sin embargo, un problema fundamental en su concepción. En efecto, según se dijo, la inversión de recursos en esta materia debía concentrarse en la "infraestructura estratégica": ¿en qué consistía tal cosa entonces?, ¿cuál era parámetro que hacía que este o aquel corredor vial fuese considerado estratégico a efecto de justificar la inversión de recursos públicos en él?

Si bien el diseño normativo de la contratación con recursos públicos impulsaba a concluir que la definición del carácter estratégico de una inversión dependería del resultado de indagaciones técnicas en cuya virtud se definirían los corredores más relevantes y en los cuales debía enfocarse la acción pública (L. 80/1993, Art. 25), lo cierto es que el diseño específico del Plan de Desarrollo en estudio, acompañado del bien conocido talante de aquel gobierno, dieron lugar a un escenario distinto.

Ciertamente, el carácter estratégico de la infraestructura de transporte a intervenir era definido por las autoridades del sector administrativo del transporte, las cuales, según las Bases del Plan de Desarrollo, debían concentrar su acción en las "vías del agro" con el fin no solo de mejorar las condiciones de vida de la población rural sino, principalmente, de coadyuvar en los esfuerzos para reforzar la seguridad ciudadana y las posibilidades de acceso de la fuerza pública y las instituciones democráticas a cada rincón del territorio.

No era fortuito, entonces, que el Manifiesto Democrático propugnase por "emprender un masivo plan de pavimentos en las vías del agro" (Uribe Vélez, s. f.). De algún modo, este documento, además de reconocer que el sector agropecuario constituía un renglón importante en la economía y la cultura del país, dejaba en claro que el acceso a los lugares más remotos del territorio era condición esencial para su seguridad.

Al efecto, entonces, la Ley 812 de 2003, en el numeral 3.º del literal b de su Artículo 8.º, en lo relativo al mejoramiento y ampliación de la red vial nacional dispuso, entre otras medidas, la realización de inversión en "infraestructura que genere condiciones de paz y convivencia democrática, que apoye el desarrollo social, la creación de empleo y que permita mayores condiciones de seguridad". Con estos propósitos, el Gobierno se comprometió a promover

...la interconexión modal para integrar la red de carreteras en el ámbito regional, nacional e internacional, [...] [a dar] continuidad al fomento de infraestructura básica con recursos del programa Colombia Profunda [...] [y, en fin, a invertir] prioritariamente en el mantenimiento, mejoramiento, rehabilitación, pavimentación y construcción de vías para garantizar la integración de las regiones y afianzar el desarrollo sostenible del país.

En resumidas cuentas, las líneas de inversión formuladas en el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006 se concentraban, en lo que a vías de acceso se refiere, en el mejoramiento y

consumo de los bienes [primarios]" por medio de la priorización de inversiones en mejoramiento de las vías de acceso a los distintos centros de producción.

adecuación de las carreteras existentes y, eventualmente, en la construcción de nuevos corredores dirigidos a los centros de producción.

Ahora bien, a efectos de llevar a la práctica estas propuestas, el MIT, presidido por el ingeniero Andrés Uriel Gallego Henao, puso en marcha el Plan 2500, un programa administrativo "dirigido —al menos formalmente— a conservar y mejorar el patrimonio vial nacional en concordancia con las necesidades de tránsito actual y futuro y las expectativas del país ante la globalización económica" (Rojas Rodríguez, s. f.). Este plan, en términos generales, se enfocó en la generación de equilibrios entre el mantenimiento de las grandes troncales existentes y la adecuación de las vías vasculares, esto es, las carreteras secundarias y terciarias, a fin de "mejorar la accesibilidad y conectividad de algunas de las regiones más apartadas del país" (Tavera Mora, 2012).

A efectos de llevar esta política a la práctica, el Consejo Nacional de Política Económica y Social (Conpes), mediante documento 3311 de 2004, aseguró recursos por más 1,8 billones de pesos para la ejecución del Plan 2500, el mismo que, por virtud de mandatos generales de política pública, fue ampliado en su vigencia hasta 2010 por la Ley 1151 de 2007, contentiva del Plan Nacional de Desarrollo del segundo periodo del Estado comunitario.

Ahora bien, esta política, con todo y lo bienintencionada que pudo parecer en la esfera formal, no logró la totalidad de sus propósitos. En efecto, según informe de la oficina asesora de planeación del MIT, para 2010 solo se habían conseguido un 75,14 % de las metas de gestión que, según la formulación inicial, debieron ser obtenidas al final del primer cuatrienio (Ministerio de Transporte, s. f.).

A todo lo anterior debe sumarse el hecho de que la construcción de vías nuevas no apareció como prioridad ni en el Manifiesto Democrático, ni en los planes de desarrollo que le dieron eficacia a lo largo de los ocho años de gobierno del presidente Uribe Vélez. La prueba de esta afirmación se encuentra en el hecho de que el proyecto de infraestructura de transporte más ambicioso de este periodo, la Ruta del Sol, fue apenas perfilado en las postrimerías del Estado comunitario mediante documento Conpes 3571 de 2009.

En resumen, las ejecutorias viales durante en el periodo 2002-2010, marcadas principalmente por el Plan 2500, dados sus peculiares fines no consideraban como una de sus prioridades la generación de una acción vial consistente, ordenada a proyectar, construir o mejorar grandes troncales, indispensables para la unión de los grandes centros de producción y de consumo. Su propósito fundamental, al contrario, fue generar impactos en las zonas alejadas de los grandes polos de desarrollo y en los pequeños centros de producción, en la medida en que estos no solo constituían una gran despesa para el país —una vez se los agregaba—, sino que, por sus condiciones históricas, sociales y económicas, eran las zonas más vulnerables a la influencia de los grupos irregulares, por lo que era imprescindible recuperarlos.

El Gobierno, entonces, tomó una decisión difícil de entender: optó por invertir grandes cantidades de recursos en obras y mejoramientos viales sin ningún hilo conductor desde la perspectiva de la eficiencia y la movilidad, o del incremento de la productividad. Los puntos intervenidos no parecían comunicarse con ningún centro económico importante,

ni guardaban entre sí mayor consistencia; eran, a los ojos del observador desprevenido, vías aisladas que unían puntos aislados y que, luego, se perdían en la inmensidad del territorio nacional sin ir a ninguna parte. Tal decisión, en pocas palabras, le significó a Colombia ocho años de retraso en el desarrollo de infraestructura de transporte.

2. Determinación de los "cuellos de botella" de la infraestructura y primeras propuestas de solución

El comienzo del gobierno del presidente Juan Manuel Santos Calderón estuvo marcado por una ola invernal sin precedentes en la historia de Colombia³¹. El segundo semestre de 2010 señaló el inicio de una temporada de lluvias que duraría cerca de dos años y que arrasaría con infraestructuras, cultivos, poblaciones enteras³² y, por si fuera poco, con centenares de vidas humanas entre muertos y desaparecidos³³.

El rigor del fenómeno climático y la magnitud de sus efectos evidenciaron pronto la inutilidad del esfuerzo en materia de infraestructura de transporte representado por el Plan 2500. En efecto, como resultado de las lluvias y los consecuentes deslizamientos e inundaciones, la red vial nacional colapsó irremediablemente; tal fue el impacto de la ola invernal en las vías que los medios de comunicación, los gremios de la construcción y algunos políticos —siempre tan ingeniosos cuando de *pesca en río revuelto* se trata— no tardaron en acuñar una ilustrativa frase que daba cuenta del estado de cosas reinante: "el verano es el mejor ingeniero, pero el invierno es el mejor interventor", decían.

Dado este panorama, los esfuerzos en materia de infraestructura de transporte durante los primeros años del gobierno de la "prosperidad para todos" estuvieron concentrados en la remoción de derrumbes, la rehabilitación de corredores y la ejecución de obras de adecuación vial bajo el marco de la adaptación a los efectos del cambio climático. Poco —casi nada dirían muchos— se pudo hacer en nuevos proyectos viales; la prioridad era la recuperación de la red vial nacional (*Revista Semana*, 2011).

Este escenario, por supuesto, dejó en evidencia un hecho del que ya muchos sectores políticos y económicos murmuraban, pero que pocos reconocían abiertamente: la red vial nacional no solo era insuficiente para satisfacer las necesidades generales del país —máxi-

31 Para abril de 2011 el propio Presidente de la República, Juan Manuel Santos Calderón, anunciaba que "la tragedia que vive el país, por cuenta del invierno y la cual empieza a recrudecer, 'no tiene precedentes en la historia'. 'Lo que estamos viviendo [...] es el abrebocas de lo que se viene', agregó el primer mandatario de los colombianos" (RODRÍGUEZ, 2011).

32 "En ese periodo (el comprendido entre 2010 y 2011 y con ocasión de la ola invernal) se presentaron 3529 eventos que dejaron 2.400.000 damnificados —una población como la del Valle del [sic] Aburrá— en 1068 municipios de 29 departamentos. Los altos niveles de las lluvias significaron también la afectación de 106.068 viviendas —algo así como si todas las casas del Quindío se hubieran averiado—, más de 2300 edificaciones institucionales (estaciones de policía, centros de salud, sedes educativas, aeropuertos y bases navales, entre otros), 2000 pasos viales y 500 acueductos" (*EL TIEMPO*, 2012).

33 En el balance de la ola invernal en Colombia realizado por la Comisión Económica para el Caribe y América Latina (CEPAL) se contabilizaron cerca de 1016 personas desaparecidas y 1374 muertas (CEPAL y BID, 2012).

me si estas eran vistas desde las exigencias plateadas por la inserción de Colombia en el mercado global por virtud de los cada vez más numerosos acuerdos de libre comercio—, sino que las pocas vías existentes, con todo y las cuantiosas inversiones realizadas en los últimos años, eran deficientes y bastante vulnerables a los efectos del cambio climático.

Esta lección, entonces, llamó la atención del Gobierno Nacional en relación con la dirección que se había dado a la política vial nacional en los últimos años. El caos imperante probó que la institucionalidad del sector administrativo del transporte era débil y que actuaba sin un norte claro; que las vías existentes eran poco ambiciosas y que, dadas sus deficiencias, el costo de su mantenimiento —si es que se llevaba a cabo— era exorbitante; que la planificación de los proyectos de infraestructura era precaria, por lo que se invertían importantes recursos en obras que no necesariamente eran estratégicas o se perdían de vista variables importantes en la estructuración, de suerte que su materialización estaba siempre llena de sorpresas y, en fin, que la ejecución de los proyectos estaba plagada de problemas formales y materiales que impedían su adecuado y eficiente desarrollo³⁴. Así las cosas, aun cuando el país había invertido ingentes recursos en la cons-

34 Tal estado de cosas fue puesto de manifiesto en las Bases del Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014, Prosperidad para Todos, que sirvieron de preámbulo a la Ley 1450 de 2011, al señalar lo siguiente:

“...la geografía y la dispersión poblacional del país constituyen [un] gran reto del sector [de infraestructura de transporte], responsable de garantizar la conectividad entre los centros de producción y de consumo. Lo anterior, demanda obras de gran complejidad en todos los modos que no necesariamente cuentan con altos flujos que viabilicen esquemas financieros auto sostenibles, dependiendo en gran medida de recursos públicos asignados sin criterios técnicos, sociales o económicos, que conllevan al desarrollo de pequeños proyectos dispersos, no necesariamente estratégicos.

[...]

El sistema de carreteras, presenta diferentes debilidades, por un lado su orientación, históricamente en sentido longitudinal, significa una débil articulación de la red y un bajo nivel de intervención de vías estratégicas en sentido transversal, limitando la competitividad y la accesibilidad de las regiones a la red troncal.

De igual manera, y a pesar de los esfuerzos realizados por desarrollar esquemas de mantenimiento de la red vial existente, hoy en día menos del 50 % se encuentra en buen estado, con los consecuentes costos que esto conlleva, tanto para el Estado como para los usuarios.

Lo anterior lleva a pensar que, pese a las múltiples reformas institucionales y de los recursos destinados al sector, especialmente en los últimos años, el país aún está rezagado en materia de infraestructura. Los indicadores de calidad, calculados por el Foro Económico Mundial (FEM) para 133 países, presentan a Colombia en el puesto 79 con una calificación inferior a la de países como Chile, Uruguay y Brasil, y superando a algunos países de la región como son Ecuador (96), Venezuela (108), Perú (88), Bolivia (100) y Paraguay (125)122. Aunque entre 2006 y 2010 se mejoraron 4724 km de la red vial nacional entre el INCO y el Invías (SIGOB, 2010), y que entre 2002 y 2009 de acuerdo con la Cámara Colombiana de la Infraestructura, la extensión de las dobles calzadas pasó de 52 km a 726 km, el país aún cuenta con bajos niveles de modernización de infraestructura vial.

Adicional a esto, las implicaciones del cambio climático sobre la infraestructura de transporte, exigen necesariamente un nuevo desarrollo de estrategias de alto impacto para atender de manera inmediata las emergencias y la solución definitiva de los puntos en los cuales recurrentemente la red vial se ve afectada por fenómenos como crecientes, derrumbes, flujos de lodos, movimiento en masa o inundaciones.

Aunque, en principio, el primer objetivo es restablecer las condiciones de tránsito en la vía, el objetivo final deberá ser acometer acciones para mitigar a mediano y largo plazo los riesgos recurrentes en

trucción y el mejoramiento de vías, tal destinación no había sido óptima, de suerte que las ejecutorias realizadas no lograban satisfacer el interés general que las había motivado.

Así pues, según se desprendía del Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014, tanto en sus Bases como en el articulado de la Ley 1450 de 2011, la clave para cambiar la situación imperante y lograr una red vial competitiva, eficiente y menos vulnerable a los efectos negativos del cambio climático residía en la adecuada planificación de los proyectos³⁵, el fortalecimiento institucional y el establecimiento de medidas de poder público que, como la expropiación administrativa, la remoción de obstáculos físicos y el saneamiento automático de predios declarados de utilidad pública, facilitasen la ejecución de los proyectos (L. 1450/2011, Arts. 83, 97, 245 y 246). La cuestión, entonces, implicaba una reformulación de la institucional del sector administrativo del transporte —y no solo de las entidades y organizaciones— en orden al direccionamiento estratégico y la gerencia efectiva de este sector como instrumento para el mejor aprovechamiento de la riqueza social.

Ahora bien, los lineamientos definidos en el Plan de Desarrollo, esto es, el llamado de atención en torno a las mejoras en planificación de los proyectos, el ajuste institucional y el refuerzo a las medidas de poder público dispuestas para la adecuada ejecución de las obras, motivaron un dilatado catálogo de reformas legales puntales en los primeros años del gobierno de Santos Calderón.

Una de las reformas más significativas de este periodo, sin duda, fue la contenida en la Ley 1474 de 2001, en cuya virtud se expidió el Estatuto Anticorrupción. En dicha disposición se señaló que una de las medidas para combatir la corrupción y garantizar la adecuada inversión de los recursos públicos con miras a la concreción del bienestar colectivo era profundizar la "maduración de proyectos". Al efecto, el Estatuto Anticorrupción modificó el numeral 12 del Artículo 25 de la Ley 80 de 1993, el cual señalaba

puntos críticos del territorio y redes modales. Por ello se hará necesario realizar estudios que permitan identificar las soluciones técnicas como primera fase para las soluciones definitivas [...]

Finalmente, para que exista un verdadero cambio en la situación presentada, se debe conformar un conjunto de instituciones robustas técnicamente independientes y nuevos marcos de financiamiento que recojan las lecciones aprendidas para la construcción exitosa, mantenimiento, operación y conservación de infraestructura plenamente integrada con la prestación del servicio al usuario" (DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN, 2010, pp. 196 y ss.).

- 35 "La política de infraestructura de transporte estará enmarcada en procesos integrales de planificación con un nivel avanzado de los estudios técnicos para la toma de decisiones; en la definición de lineamientos estratégicos para el sector en materia de adaptación y mitigación del riesgo frente a desastres naturales; en el desarrollo de programas que respondan y complementen las apuestas productivas y sectoriales; en la adopción de nuevos y mejores mecanismos de financiación; y en la integración y desarrollo regional. En el proceso de planificación se estructurará la política de maduración de proyectos, cuyo objetivo principal será el cumplimiento del ciclo de vida de los proyectos de inversión, para que estos de manera previa a su ejecución, cuenten con estudios de factibilidad, estructuración financiera, diseños de ingeniería y gestión ambiental, social, predial y del riesgo, que permitan un adecuado esquema de asignación de responsabilidades asociadas a la construcción, operación y mantenimiento de la infraestructura" (DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN, 2010, p. 204).

en forma bastante simple el mandato de planificación como condición esencial de la fase previa de los contratos estatales. En lugar de esto, la Ley 1474 de 2011 detalló un profuso procedimiento ordenado a garantizar la adecuada estructuración de los proyectos de inversión pública que debieran ejecutarse por vía contractual, al cual denominó "etapa de maduración" (L. 1474/2011, Art. 87).

A su turno, en lo que dice relación con el ajuste institucional, una de las principales apuestas del Gobierno Nacional se cristalizó en la transformación del cuestionado Instituto Nacional de Concesiones (INCO) para dar paso a la Agencia Nacional de Infraestructura (ANI). Así pues, por medio del Decreto-Ley 4165 de 2011, y con el propósito de "lograr mayor eficiencia y eficacia en la administración de la infraestructura del país, así como [de] 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 [de] hacer coherente la organización y funcionamiento de la administración de los proyectos de infraestructura", el Presidente de la República originó la nueva agencia y le señaló como 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" (D.L. 4165/2011, Art. 3.º).

Por otro lado, como medida para promover la oferta de infraestructura de transporte, la Ley 1508 de 2012 estableció el régimen jurídico de las APP. Por medio de este régimen, también conocido como Ley de Alianzas Público-Privadas (LAPP) el Estado colombiano, consciente de la necesidad de buscar nuevas alternativas para generar eficiencia en la planificación y ejecución de obras viales —entre otros proyectos de infraestructura—, se dio a la tarea de integrar capital privado en el desarrollo de labores tradicionalmente públicas (L. 1508/2012, Art. 1.º). En este caso, entonces, el Gobierno apeló a la promocionada eficiencia y seriedad del sector privado como remedio a las problemáticas que, como la corrupción, las dilaciones, los sobrecostos y la improvisación, suelen caracterizar la acción pública de provisión de bienes públicos como las vías y que, a la larga, redundan en la deterioro de la riqueza social.

Finalmente, como medida concreta orientada a evitar la ocurrencia de daños en el patrimonio viario y de riesgos sobre la movilidad y la seguridad de las personas, la Ley 1523 de 2012 introdujo elementos en el régimen jurídico de la infraestructura, ordenados a considerar dentro de la estructuración de las obras todos aquellos riesgos naturales y antropogénicos no intencionales que eventualmente podrían afectarlas, así como medidas de manejo que, en cada caso, fuesen pertinentes. En efecto, de entre las muchas enseñanzas dejadas por la ola invernal, una de las más significativas fue el alto nivel de exposición de las vías ante los efectos adversos de las variaciones climáticas (L. 1523/2012, Art. 4.º); así pues, fuese por la quebrada orografía, la alta pluviosidad, la deficiente planificación y el mantenimiento de las vías o la inadecuada gestión del ambiente, lo cierto era que en época de lluvias la infraestructura de transporte, invariablemente, colapsaba.

Para evitar tales contratiempos en el futuro, la Ley 1523 de 2012 señaló que todos los proyectos de inversión pública, desde las más tempranas etapas de formulación, deberán "incorporar apropiadamente un análisis de riesgo de desastres cuyo nivel de detalle estará definido en función de la complejidad y naturaleza del proyecto en cuestión" (L. 1523/2012, Art. 38). En sentido semejante, y para abarcar no solo los macroproyectos públicos de infraestructura sino también aquellos desarrollados con capital privado, la misma normativa establece que

todas las entidades [...] encargadas de la prestación de servicios públicos [o] que ejecuten obras civiles mayores [...] deberán realizar un análisis específico de riesgos que considere los posibles efectos de eventos naturales sobre la infraestructura expuesta y aquellos que se deriven de los daños de la misma sobre su área de influencia. (L. 1523/2012, Art. 42)

3. La aparición de la Ley de Infraestructura de Transporte. La respuesta normativa a los retos de la realidad

A pesar de los numerosos remedios formales que se implementaron durante los dos primeros años del gobierno de Santos Calderón, y sin que se hubiese tenido el tiempo suficiente para valorar su verdadero impacto, ya resultaba claro que los problemas que aquejaban a la infraestructura de transporte en Colombia superaban por mucho la esfera puramente normativa. En cierta medida, la eficacia de los cambios legales que estaban teniendo lugar por esta época precisaba todavía de afinaciones en su diseño y orientación, las cuales, por supuesto, debían construirse a partir de un mayor conocimiento de los problemas que, en el terreno, incidían en la estructuración y ejecución de los proyectos viales, esto es, los relativos a las prácticas administrativas y a los intereses jurídicos que en cada caso podían colisionar con el desarrollo de las obras.

Así las cosas, consciente de que los remedios a los problemas de la infraestructura de transporte debían armonizar las reformas a las deficiencias formales, por un lado, y por el otro las estrategias frente a la realidad circundante de los proyectos, el Gobierno Nacional designó a una Comisión de Expertos³⁶ que, a instancias de Fedesarrollo, formulara propuestas normativas y líneas de política y gestión pública concretas para acelerar la provisión de oferta vial en el país³⁷. Esta Comisión comenzó su trabajo resaltando la

36 La Comisión de Expertos en Infraestructura fue integrada por los siguientes profesionales: Carlos Angulo, Juan Benavides, Marín Carrizosa, Martha Cediél, Armando Montenegro, Hugo Palacios, Guillermo Perry, Jorge Pinzón y Bernardo Vargas.

37 "La administración del Presidente Santos, consciente de la necesidad de superar este problema, ha puesto muy alto entre sus prioridades el objetivo de construir y mantener una red de transporte moderna y eficiente. En el marco de ese esfuerzo, el Presidente convocó a un grupo de colombianos de diversas especialidades para que analizaran y debatieran el tema y le ofrecieran recomendaciones que contribuyeran a solucionar el notorio atraso que el país presenta en infraestructura de transporte. Este documento constituye el informe de dicha Comisión al Presidente. La estructura del mismo y las recomendaciones que de él se desprenden —y que deben entenderse como un todo integral con propuestas cuya implementación se sugiere realizar de manera coordinada— coinciden con los pasos que la Comisión considera

importancia económica de la infraestructura de transporte y cómo las deficiencias que la aquejan

reducen drásticamente la competitividad de la economía de cara a los numerosos TLCs [sic] que están operando o que entrarán en vigencia durante los próximos años y también es una de las causas de la escasa gobernabilidad en algunas regiones apartadas e incomunicadas dentro del país". (Fedesarrollo, 2012, p. 8)

A reglón seguido, sin embargo, la Comisión pone de manifiesto que el "atraso y la precaria institucionalidad de los sistemas de transporte en el país contrastan con los avances y las prácticas en otros sectores"³⁸. De tal reflexión se concluyó que los problemas de la infraestructura de transporte eran fruto de deficiencias institucionales endémicas³⁹, razón por la cual la obtención de las ventajas sociales que las vías instrumentan precisaría de una intervención estatal específica⁴⁰. Al efecto, la comisión recomendó una serie de reformas institucionales encaminadas a corregir los concretos desajustes regulatorios, orgánicos y funcionales en materia de infraestructura de transporte.

En primer lugar, se señaló la importancia de promover una reforma normativa enfocada en el mejoramiento de las organizaciones y las reglas de juego involucradas en los distintos "momentos" de los proyectos de infraestructura de transporte. Por un lado, se propuso la configuración de una organización que procurase la adecuada estructuración de proyectos y la coordinación de todos los entes involucrados en su ejecución como garantía de eficiencia y eficacia en tales operaciones. Por el otro, entre tanto, se

debe seguir cualquier proyecto de infraestructura de transporte, principalmente en lo que concierne a las concesiones [...], pero sin olvidar que las susodichas recomendaciones siguen siendo válidas para otros tipos de acuerdos contractuales como son las obras públicas" (FEDESARROLLO, 2012, p. 8).

38 "Así por ejemplo, la infraestructura y la regulación eléctrica en Colombia son referentes internacionales. Lo mismo es cierto para el sector de hidrocarburos, que ha tenido profundas transformaciones institucionales durante los últimos diez años y cuyos resultados en términos de inversión en exploración y explotación son evidentes" (FEDESARROLLO, 2012, p. 8).

39 "Cabe entonces preguntarse por qué, si se ha logrado construir una infraestructura moderna en otros sectores, no ha sido posible hacerlo en el caso del transporte. La respuesta no es sencilla; radica en una combinación de factores económicos, políticos e institucionales, exacerbados por la estructura de la industria del transporte, las restricciones fiscales y las dificultades geográficas y geológicas. Tanto el sector de infraestructura eléctrica como los de TIC e hidrocarburos cuentan hoy con instituciones modernas que han generado escenarios donde se cuenta con reglas claras y condiciones adecuadas para hacer inversiones a largo plazo, atrayendo capital privado nacional y extranjero. Por el contrario, en infraestructura de transporte, y no obstante algunas reformas recientes —particularmente la transformación del Instituto Nacional de Concesiones (en adelante INCO) en la Agencia Nacional de Infraestructura (ANI) y la expedición de la ley de Asociaciones Público-Privadas, Ley 1508 de 2012— la institucionalidad sigue siendo precaria y ello se refleja en los resultados en esta materia. De aquí que este informe se concentre en los problemas relativos a la infraestructura de transporte y haga especial énfasis en el ordenamiento institucional que la gobierna" (FEDESARROLLO, 2012, pp. 8-9).

40 "La puesta en marcha del ordenamiento que aquí se propone para la contratación y operación de contratos conlleva grandes retos en los ámbitos legal e institucional y en la maduración de los proyectos y su desarrollo financiero, además de representar un enorme desafío gerencial" (FEDESARROLLO, 2012, p. 9).

formularon cambios ordenados a la superación de los obstáculos legales que diferían o encarecían la ejecución de proyectos relativamente maduros, como las reglas de gestión predial —expropiaciones y servidumbres—, la imprecisión de las disposiciones sancionatorias y fiscales relativas a la contratación de infraestructura, la formulación del registro de proponentes, el concepto de equilibrio económico, la aplicación inmoderada de cláusulas exorbitantes y las disposiciones presupuestales, en especial las relativas a las vigencias futuras.

Como segundo grupo de medidas, la Comisión resaltó la importancia de promover las reformas legales que fuesen necesarias para dar respuesta a los principales *cuellos de botella* "que afectan la agilidad y viabilidad real del desarrollo de proyectos de infraestructura de transporte" (Fedesarrollo, 2012, p. 11). Entre tales contratiempos, la Comisión enfatizó en la importancia de promover una "ley de urgencia" sobre adquisición predial que procurase la agilidad de dicho trámite; asimismo, se propugnó por la articulación, vía una comisión intersectorial, de "la acción de las diversas agencias estatales involucradas en la ejecución de los proyectos y, en particular, de asegurar que se adelanten en forma coordinada los trámites de consulta previa y de licencias ambientales" (p. 11).

En tercer lugar, la Comisión insistió en la necesidad de mejorar las prácticas administrativas relativas a la "estructuración técnica, legal y financiera y adjudicación de proyectos" (Fedesarrollo, 2012, p. 11). Con este objetivo, se recomendaron medidas como la apertura de procesos de selección de ejecutores de proyectos viales solo cuando estos estuviesen en "avanzado nivel de diseño (ojalá en Fase 3), previa obtención de las licencias ambientales y adelantamiento de las consultas que sean menester y, en lo posible, con los predios necesarios ya adquiridos (o, al menos, garantizada su disponibilidad)"⁴¹; la adopción de medidas que desestimulasen la colusión y las ofertas temerarias como garantía de adjudicación "quien presente la oferta más competitiva" (p. 11); la predilección por los ejecutores que, para el cumplimiento de sus deberes contractuales, "aportan los recursos y por tanto ponen en riesgo su propio capital al financiarlos" (p. 11) y, finalmente, la exigencia de calificación de riesgo emitida por un certificador internacional "para las compañías que reaseguren a los aseguradores de las concesiones u otras modalidades de APP" (p. 11).

Finalmente, como cuarto grupo de medidas, la Comisión aludió a los retos financieros implícitos en la financiación de las concesiones, para entonces, en curso. Frente a esta cuestión formula una serie de recomendaciones para "facilitar la consecución de recursos a través de bancos y del mercado de capitales" (Fedesarrollo, 2012, p. 12), haciendo especial énfasis en la generación de incentivos para atraer la participación de

41 "Las experiencias nacionales en concesiones viales demuestran que la entrega de contratos sin diseños detallados no equivale a construir las obras con rapidez. Por el contrario, las licitaciones precipitadas y la estructuración insuficiente han traído numerosas complicaciones legales al Estado, sobrecostos y retrasos, y han dejado al país con precarias vías. La Comisión está firmemente convencida de que la única manera de ejecutar los proyectos cruciales es mediante la presentación de estudios y diseños avanzados y de una buena estructuración, apoyado todo por una estructura institucional adecuada y un marco legal completo" (FEDESARROLLO, 2012, pp. 11-12).

inversionistas institucionales como los fondos de pensiones y las compañías de seguros, a fin de "extender en el tiempo los desembolsos presupuestales para infraestructura sin retrasar los periodos de construcción" (p. 12).

Como puede verse, en conjunto, las medidas propuestas por la Comisión de Expertos estaban encaminadas a definir, priorizar y ordenar un acervo de medios que, al ponerse en marcha en forma armónica, permitirían a la organización estatal la provisión de una serie de medios materiales —las vías— imprescindibles para la consecución de una parte importante de sus fines esenciales. En otras palabras, la Comisión entendió que el patrimonio viario constituía una parte importante de la riqueza social, de suerte que, al adoptar medidas para procurar el eficiente crecimiento y la adecuada administración de aquel, se repercutiría favorablemente en el bienestar colectivo. Las aludidas recomendaciones, entonces, no fueron más que propuestas de intervención para que el Estado, en cumplimiento de lo establecido en el Artículo 334 constitucional, racionalizase la economía, por medio de la canalización de sus esfuerzos, recursos y poderes en un objetivo de común interés para la sociedad: la dotación de infraestructura de transporte.

Así lo entendió el Gobierno Nacional, el cual, por intermedio del MIT, presentó al Congreso de la República un proyecto de ley que, a partir de las recomendaciones formuladas por la Comisión de Expertos y de estudios propios que revelaban otros tantos contratiempos —como las redes lineales y los títulos mineros— que debían ser superados, señaló un amplio catálogo de medidas tendientes a favorecer a toda costa la estructuración, ejecución y operación de infraestructura de transporte como medio para favorecer el desarrollo económico y, por tanto, la prosperidad general. Como constancia de lo anterior, el informe de ponencia para primer debate del Proyecto de Ley 223 de 2013 Senado resalta que

...una buena infraestructura de transporte permite la conectividad entre las diferentes regiones, acerca el campo a las ciudades donde están los centros de distribución de los diversos productos, permite que el Estado haga presencia en los lugares más recónditos de nuestro país, genera seguridad, desarrolla en forma inmediata las poblaciones por donde se ejecutan proyectos de infraestructura, genera empleo entre los habitantes del territorio nacional, entre otros [...].

"En la medida que en Colombia se cuente con una buena infraestructura de transporte, se contribuye a la paz del país, pues entre más desarrollo haya más oportunidades tienen las personas para progresar [...].

"Todas aquellas herramientas que faciliten una mejor estructuración de los proyectos de infraestructura de transporte y otorguen agilidad en el desarrollo y en la ejecución de los mismos, generan un crecimiento en la economía, además vuelven al país más competitivo.

"En los actuales momentos en que Colombia tiene vigentes una serie de Tratados de Libre Comercio, y continúa suscribiendo otros con diferentes países del mundo, requiere de una infraestructura de transporte más desarrollada que asegure la intermodalidad y la multimo-

alidad de los servicios que se prestan y que propenda por la articulación e integración entre los diversos modos de transporte, en aras de lograr la conectividad de las diferentes regiones del país y de estas con el exterior. (Congreso de la República de Colombia, 2013, pp. 4 y ss.)

En conclusión, para esta época el discurso político circulante, síntesis del malestar generalizado por el fracaso de las medidas pretéritas y la aprehensión frente a la evidente incapacidad material de enfrentar con éxito los retos del futuro, comenzó a dotar al interés viario de un rango superior. Su materialización, si es que el Estado quería estar a la altura de las circunstancias históricas y, de este modo, satisfacer el interés general, debía obtenerse a toda costa por lo que se hacía imprescindible limitar, hasta donde fuese necesario, el alcance de cualquier otro interés jurídico que, de algún modo, interfiriese con este cometido.

Tal discurso, que fue asumido como propio por el MIT, condujo a la inclusión en el proyecto de ley que dio origen a la LIT, de toda suerte de medidas ordenadas a superar a toda costa los contratiempos que, hasta entonces, habían obstaculizado, encarecido o diferido la materialización del interés viario⁴². El único objetivo, en adelante, era desarrollar las acciones viales necesarias para incrementar el patrimonio viario de forma ágil, oportuna y con bajos costos de corto plazo.

Capítulo II

Características fundamentales de la Ley de Infraestructura de Transporte

En cierto modo, la LIT fue concebida como una ley de intervención económica en los términos del Artículo 334 constitucional. Su historia, en efecto, da cuenta del esfuerzo formal del Estado para establecer un marco jurídico particular que se ordene a racionalizar la economía mediante la definición de reglas especiales de asignación de poderes, cargas y derechos como instrumento-fin para el logro del interés general, el cual, a su

42 "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.

[...]

Como se puede deducir del objeto del proyecto de ley, la materia es la infraestructura de transporte, y los temas específicos que la desarrollan son los referidos a la infraestructura necesaria para la prestación del servicio de transporte. La remoción de escollos que impiden el desarrollo de la infraestructura de transporte que el país requiere, tiene relevancia en tanto presupuesto indispensable para el transporte como actividad y servicio que impacta la calidad de vida y el desarrollo económico del país" (CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA, 2013, p. 1).

vez, es representado en el mejoramiento —en sentido amplio— de la infraestructura que sustenta los diversos medios de transporte.

Tal postulación, immanente en la historia de la LIT, se hace del todo explícita al analizar sus disposiciones particulares. En efecto, la finalidad inspiradora de la normativa, esto es, la superación de los contratiempos que obstaculizaban, encarecían o diferían el desarrollo vial, se cristalizó en dos principios básicos que subyacen casi invariablemente en la generalidad de su articulado: (1) el interés viario materializa el interés general previsto en la Constitución Política, razón por la cual (2) tiene un rango superior que impone su prevalencia a toda costa sobre los intereses jurídicos con los que pueda entrar en tensión.

1. El interés viario como materialización del interés general previsto en la Constitución Política

La finalidad esencial de la LIT, dadas las circunstancias políticas, sociales y económicas circulantes al momento de la tramitación normativa, consistió en la superación de los contratiempos, gráficamente denominados "cuellos de botella", que obstaculizaban, encarecían o diferían la planificación y ejecución oportuna y a costos razonables de los proyectos de infraestructura de transporte que el país demandaba.

En efecto, según el Artículo 5.º de la LIT, el interés viario, constituido por las acciones viales de "planificación, ejecución, mantenimiento, mejoramiento y rehabilitación de los proyectos y obras de infraestructura del transporte" que se desarrollan a efectos de incrementar el patrimonio viario, "materializan el interés general previsto en la Constitución Política".

Ahora bien, en tanto manifestación concreta del interés general, el interés viario debe prevalecer sobre los intereses particulares con los que pueda estar en tensión, razón por la cual el ordenamiento jurídico —específicamente la LIT— establece una serie de intervenciones procomunales ordenadas limitar cualquier interés jurídico que obstaculice, encarezca o difiera su eficacia.

En principio, la anterior aseveración no connata nada distinto a una especial atención del legislador —y de las autoridades ejecutivas— en preservar el interés viario; esto, de algún modo, no dista mucho de lo que puede decirse de otros intereses que fungan como manifestaciones particulares del interés general. De hecho, es de esperar que un Estado que se precia de ser "social de derecho", empeñe parte importante de su poder en materializar las preferencias colectivas democráticamente exteriorizadas; es para esto, según se había dicho, que existe un poder público.

No obstante, el interés viario parece ir un poco más allá de tal planteamiento. En efecto, es tal el compromiso de la organización política con su materialización, que la ley que lo estatuye parece atribuirle un rango superior que le garantice prevalencia en la generalidad de supuestos de tensión con otros intereses jurídicos. Así pues, aun cuando en algunas disposiciones la LIT señala que el interés viario solo prevalece cuando se enfrente a un interés jurídico con un menor peso jurídico en el caso específico (L. 1682/2013, Arts.

7.º y 12), lo cierto es que el diseño concreto de las intervenciones procomunales estatuidas para desatar las tensiones particulares hace que el interés viario prevalezca a toda costa.

Casi podría decirse que el interés viario fue expresamente concebido como materialización del interés general, prevista en la Constitución Política como una estrategia para dar forma jurídica a una decisión política del gobierno de turno: la infraestructura de transporte es la gran apuesta del desarrollo del país, por eso su ejecución debe llevarse a cabo cueste lo que cueste. El interés viario, entonces, *estará llamado a prevalecer en los supuestos de tensión más representativos* pues, en tanto materialización formalizada del interés general, no admite rivalidades, como quiera que la sociedad lo preferirá sobre cualquier alternativa que se le proponga y estará dispuesta a pagar por ello.

2. Las intervenciones procomunales como medida garante del rango superior del interés viario

Para que el interés viario sea prevalente se precisa, además de la declaración legal ya referida (L. 1682/2013, Art. 5.º), del diseño de un conjunto de intervenciones procomunales que materialicen tal prevalencia en distintos supuestos de tensión con otros intereses jurídicos. Lo anterior significa que, en buena medida, la prevalencia de este o aquel interés jurídico está cifrada en el alcance que se confiera a las decisiones y ejecutorias estatuidas para preservarlo.

Trasladado este argumento al caso que nos ocupa, es posible aseverar que la LIT reconoce que, en ocasiones, la materialización del interés viario puede verse comprometida por determinados contratiempos, cuya superación es imperativa si es que se pretende su eficacia. A tal efecto, entonces, el ordenamiento jurídico señala el rango superior del interés viario, si bien no expresamente, al menos sí por medio de la formulación concreta de diversas intervenciones procomunales que, al ser aplicadas a casos específicos de tensión, resuelvan el asunto en su favor.

En semejante contexto, limitar los intereses jurídicos que representen un contratiempo para el interés viario no significará un mayor esfuerzo para las autoridades del sector administrativo del transporte. La prevalencia, entonces, se concreta en la resolución favorable al interés viario de los conflictos generados con otros intereses jurídicos, y ello se consigue gracias a la forma específica de las intervenciones procomunales ideadas para ello.

A efectos de probar tal afirmación, en el siguiente capítulo se analizarán algunos supuestos específicos de tensión entre el interés viario y otros intereses jurídicos, y se revisarán en detalle las intervenciones procomunales estatuidas para resolverlos. En tal contexto se mostrará cómo estas intervenciones están hechas para que el interés viario prevalezca a toda costa y se expondrán algunos argumentos jurídico-económicos para demostrar que tal opción institucional es incorrecta, como quiera que en un Estado social de derecho es inadmisibles la existencia de un interés jurídico con rango superior que imponga el sacrificio desproporcionado de los intereses legítimos que le sean contrarios en un caso concreto.

TÍTULO III

LAS HIPÓTESIS LEGALES DE PREVALENCIA DEL INTERÉS VIARIO A LA LUZ
DE LAS NOTAS DEFINITORIAS DE LA INTERVENCIÓN ESTATAL EN LA ECONOMÍA.
EL CASO DEL LICENCIAMIENTO

Como se vio en el acápite precedente, la LIT es una verdadera ley de intervención económica, puesto que en respuesta a un contexto sociopolítico particular establece una serie de medidas ordenadas a favorecer la plenitud del interés viario, que por virtud de la decisión legislativa constituye una manifestación concreta del interés general previsto en la Constitución Política (L. 1682/2013, Art. 5.º), para que no sea trastornado por los contratiempos que tradicionalmente lo han obstaculizado, encarecido o diferido (L. 1682/2013, Art. 7.º).

El problema, sin embargo, reside en que los aludidos contratiempos no son simples talanqueras adjetivas, obstáculos del terreno o complejidades de ingeniería, sino expresiones cardinales del sistema jurídico colombiano⁴³ o, con más frecuencia, manifestaciones concretas de otros intereses o derechos, jusfundamentales unos⁴⁴, económicos otros⁴⁵ y, en la generalidad de los casos, colectivos o procomunales⁴⁶. En otras palabras, las medidas estatuidas en la LIT para favorecer el interés viario son, en el fondo, verdaderas afectaciones a los derechos y libertades que, en la práctica, riñen con su desarrollo.

Así las cosas, con todo y que la LIT establece que el interés viario materializa el interés general y que la propia Constitución Política dispone que este prevalece sobre otros intereses, es necesario interrogar por un aspecto fundamental: ¿el hecho de que el legislador revista a un interés jurídico determinado de la condición de interés general lo dota de la aptitud necesaria —del rango superior— para sobreponerse a cualquier otro interés que le dispute primacía en un escenario determinado? O, por el contrario, ¿será que, aun cuando el legislador puede dotar a un interés jurídico determinado de carácter prevalente, este, en todo caso, debe confrontarse, caso por caso, con los intereses con los que pueda estar en tensión, a efectos de sopesar o legitimar tal prevalencia? Formulado en otros términos, ¿hasta dónde debe ceder el interés contrapuesto en aras de

43 Puede pensarse en este punto en la *contra-versión* ofrecida por la LIT en relación con el sistema de fuentes formales del derecho.

44 Téngase como ejemplo de derechos fundamentales en conflicto con el desarrollo de la infraestructura de transporte la participación comunitaria; la verdad, justicia y reparación de las víctimas del conflicto armado cuando esta está vinculada a un predio tal y como acontece en los casos de restitución de tierras o ubicación de personas desaparecidas y, por último, el asiento ancestral de grupos étnicos, el cual, sin duda, se relaciona íntimamente con su identidad cultural.

45 Algunos de los derechos de contenido económico que la LIT reseña como rivales del desarrollo vial son como la propiedad inmobiliaria y la consiguiente gestión predial, o determinados aprovechamientos como las vías de interés particular.

46 De conformidad con la LIT, la protección de derechos colectivos como el ambiente sano, el patrimonio histórico y cultural, el aprovechamiento de recursos naturales no renovables y los servicios públicos puede colisionar con la construcción, expansión y mejoramiento de la infraestructura de transporte.

garantizar la prevalencia del interés legalmente definido como manifestación más fiel de las preferencias generales?

En atención a estos interrogantes, lo que se pretende a partir de este punto es analizar algunos supuestos de tensión entre el interés viario y otros intereses jurídicos, a fin de establecer si el legislador colombiano adoptó una opción institucional correcta al reconocer un rango superior al primero por virtud del alcance de las intervenciones procomunales ideadas en su beneficio. Con tal propósito, se analizarán dos casos concretos de intervención procomunal configurados en la LIT en cuya virtud los derechos de propiedad y libertad quedan completamente circunscritos al marco del interés viario. Tales casos, que revisten la forma de licencias o autorizaciones especiales, parten de la base de que quien pretenda la coexistencia de su interés con el interés viario debe reconocer, de entrada, la precariedad de aquellos frente al rango superior de este y, por tanto, someterse a cargas que pueden ir hasta la renuncia de sus derechos en beneficio del verdadero "interés general".

¿Por qué elegir los casos de licenciamiento especial como ejemplos de prevalencia a toda costa del interés viario? La razón, ya se verá, es bastante simple y, si se quiere, contundente. De entre las distintas intervenciones procomunales estatuidas en la LIT los supuestos de licenciamiento son los que más lejos llevan la prevalencia del interés viario; sus contenidos específicos dan cuenta del rango superior que, por razones políticas, pretendió infundirse al interés viario y que, en la práctica, redundó en sacrificios desproporcionados de los intereses que le representen algún contratiempo y, por tanto, abre las puertas de la generación de daños antijurídicos a sus titulares. Luego, aunque la aplicación de tal intervención procomunal es prenda de la eficacia del interés viario, no necesariamente representa la opción correcta, pues, en su virtud, es posible que se generen más costos que beneficios sociales y ello, según se dijo, es siempre injusto.

Ahora bien, para el referido análisis, se partirá de parámetros como el título jurídico que establece los permisos o licencias, el significado atribuido a los intereses en tensión en cada caso y, por supuesto, sus efectos, no solo frente al derecho o interés intervenido, sino en relación con otros conexos y con el óptimo social. Lo que se busca con esta revisión es establecer algunos parámetros para mensurar el alcance jurídico plausible que cabe a la prevalencia del interés viario establecida por la LIT a la luz de principios constitucionales como eficiencia y proporcionalidad, y determinar si las medidas adoptadas al efecto son admisibles, en tanto razonables o, por el contrario, son irreconocibles en el contexto jurídico vigente, lo que impondría la declaratoria de inexequibilidad de algunas de ellas y, entre tanto, su inaplicación.

Dicho esto, en las líneas subsiguientes se analizarán los permisos para la construcción de proyectos de infraestructura de interés privado (Capítulo I) y los permisos especiales para el asiento de redes lineales en la infraestructura de transporte (Capítulo II).

Capítulo I

Licencia para la construcción de proyectos de infraestructura de transporte de interés particular

De entre las múltiples medidas estatuidas en la LIT para procurar el incremento del patrimonio viario como manifestación concreta del interés viario destaca el permiso especial dispuesto en su Artículo 15, el cual dispone lo siguiente:

Permisos para el desarrollo de proyectos de infraestructura de transporte. Sin perjuicio de lo previsto en la Ley 1508 de 2012, cualquier interesado podrá solicitar a la autoridad competente, permiso para el desarrollo por su cuenta y riesgo de proyectos de infraestructura de transporte de su interés.

La entidad competente analizará la conveniencia técnica, legal y financiera del proyecto y podrá otorgar el permiso si considera que está acorde con los planes, programas y proyectos del sector y si el mismo cuenta con los conceptos técnicos y las autorizaciones legales pertinentes.

El proyecto deberá desarrollarse bajo los estándares y normas técnicas del modo correspondiente y deberá garantizar su conectividad con la infraestructura existente. Todos los bienes y servicios que se deriven del desarrollo del proyecto serán de propiedad, uso, explotación y administración de la Nación o entidad territorial según corresponda.

En ningún caso, la autorización o permiso otorgado constituirá un contrato con el particular, ni la entidad estará obligada a reconocer o pagar el valor de la inversión o cualquier otro gasto o costo asociado al proyecto de infraestructura de transporte.

Tampoco podrá entenderse que el particular obtiene derecho exclusivo o preferente sobre la propiedad, uso, usufructo, explotación o libre disposición y enajenación del bien o servicio del proyecto de infraestructura de transporte. Estos derechos los tendrá en igualdad de condiciones con los demás ciudadanos.

El Gobierno Nacional establecerá las condiciones que deben cumplir tanto las entidades nacionales, como las territoriales para el otorgamiento de estos permisos, en un plazo no mayor de ciento veinte (120) días calendario. Adicionalmente, reglamentará lo concerniente a la conectividad entre el proyecto de infraestructura de transporte de interés privado y la Red Vial a fin de evitar que aquellos proyectos generen perjuicios al interés general.

En pocas palabras, dicha disposición señala que el Estado, valido de una singular manifestación de la potestad pública de licenciamiento (García de Enterría, 2004b, pp. 132 y ss.; Santamaría Pastor, 2009, pp. 270 y ss.), puede limitar los alcances de la propiedad y la libertad (Correa Henao, 2009) a fin de afectar las vías de interés particular al beneficio colectivo sin necesidad de retribuir el esfuerzo de su desarrollador con el pago de contraprestaciones o indemnizaciones. De esta manera, el Estado maximiza la riqueza social por medio de la reasignación de los derechos sobre las vías de interés particular, a efectos de garantizar su aprovechamiento procomunal, pero sin que ello precise de la inversión de recursos públicos.

La mencionada forma de intervención, a primera vista, parece bastante eficiente en lo que a generación del bien común se refiere. En efecto, el Artículo 15 de la LIT propende por la generación de oferta vial sin que se necesite incurrir en los costos sociales —cuando menos presupuestales— que representan la actividad pública o la alianza con particulares en esta materia (L. 80/1993, Arts. 32 núm. 1 y 4; L. 1508/2012, Art. 1.º); vale decir, se asegura el resultado con la menor inversión posible de recursos (Palacios Mejía, 1999a, p. 7). A pesar de lo dicho, tal forma de intervención, dado su diseño normativo, resulta tan intensa que, más que una delimitación de derechos económicos, se aproxima peligrosamente a su desconocimiento.

Surge entonces el interrogante que sustenta este capítulo: si bien es cierto que la ley puede señalar la prevalencia de un interés sobre otro en procura del bienestar general, ¿es constitucional la intensa afectación de los derechos de propiedad y libertad impuesta por el Artículo 15 de la LIT con el fin de incrementar la oferta vial a bajo costo como fórmula garante del bienestar general?

Para absolver dicha inquietud, el presente acápite se dividirá en dos partes. En la primera, a partir de la lectura detallada del Artículo 15 de la LIT, 1) se resaltarán los elementos esenciales de los permisos para el desarrollo de proyectos de infraestructura de transporte de interés particular y sus principales efectos en relación con los derechos de propiedad y libertad de quien emprende tales ejecutorias. La segunda parte, a su turno, 2) a partir de los elementos descritos, se enfocará en la evaluación de su constitucionalidad y en el balance existente entre las ventajas procomunales que se esperan de tales permisos y sus efectos materiales frente a los derechos económicos intervenidos.

1. Elementos definitorios de las licencia para la construcción de vías de interés particular

El Artículo 15 de la LIT configura un singular instrumento jurídico en virtud del cual los agentes privados, a efectos de desarrollar proyectos de infraestructura de transporte que satisfagan sus intenciones particulares, deben obtener de la administración pública una habilitación especial que toma como punto de partida la valoración que las autoridades competentes realicen en torno a la situación jurídica y material de su iniciativa y, sobre todo, de su vocación para servir a las necesidades colectivas de movilidad. Este instrumento, sin duda, (1.1) propende por el incremento de la oferta vial del país como condición para la generación de bienestar general, (1.2) a partir del aprovechamiento procomunal de las acciones particulares en materia de infraestructura de transporte.

1.1. Propósito de la licencia: incremento de la oferta vial

El Artículo 15 de la LIT, para el Gobierno Nacional, no es sino una manifestación concreta del postulado de prevalencia del interés general sobre el particular en los términos del Artículo 58 constitucional⁴⁷. En efecto, la mencionada disposición reconoce el derecho

47 De conformidad con el primer considerando del Decreto Reglamentario 942 de 2014, por medio del cual se establecen las condiciones que deben cumplir las autoridades para otorgar a los particulares los

que tienen los particulares de desarrollar “por su cuenta y riesgo [...] proyectos de infraestructura de transporte de su interés”. No obstante, el ejercicio de tal atribución no es absoluto⁴⁸, en tanto la propia LIT lo condiciona a la previa obtención de un permiso especial cuyo otorgamiento depende de la comprobación ante la autoridad competente de que la intervención en concreto ha obtenido los conceptos y autorizaciones necesarias —las urbanísticas y las ambientales, por ejemplo—, cumple con las reglas técnicas del modo de transporte respectivo y, sobre todo, concuerda con los planes, programas y proyectos del sector transporte como evidencia de “su conectividad [sic] con la infraestructura existente” y garantiza el uso del mismo por toda la población en condiciones de igualdad.

Dadas estas premisas, los aludidos proyectos de infraestructura de transporte, a pesar de ser adelantados con ocasión de las necesidades particulares de su ejecutor, financiados con sus recursos y materializados por su cuenta y riesgo, han de ser afectados al uso común por virtud de su entrega formal al Estado (D.R. 942/2014, Arts. 8.º y 9.º). Ciertamente, las obras de este tipo, sin importar quién las efectúe o con qué propósito particular lo haga, sirven de igual manera al “traslado de las personas, los bienes y los servicios, el acceso y la integración de las diferentes zonas del país”, motivo por el cual propenden “por el crecimiento, competitividad y mejora de la calidad de la [sic] vida de los ciudadanos” (L. 1682/2013, Art. 2.º).

Así pues, vista como medio, la infraestructura de transporte es el único instrumento apropiado para satisfacer la necesidad colectiva de movilidad y transporte (L. 1682/2013, Art. 5.º). Por tal motivo la LIT, al reconocer que existe una demanda social creciente de instrumentos para la movilidad y que los medios disponibles para su satisfacción son insuficientes, intenta maximizar cualquier alternativa para acrecentar la oferta.

Es por esta razón que la LIT dispone que, además del desarrollo de obras de infraestructura de transporte por la acción directa del Estado (L. 80/1993, Art. 32 núm. 1 y 4) o por esquema de APP⁴⁹, también las ejecutorias de interés particular en esta materia han

permisos que requieren para el desarrollo de proyectos de infraestructura de transporte de interés particular a los que alude el Artículo 15 de la Ley 1682 de 2013, “el artículo 58 de la Constitución Política establece que la propiedad es una función social que implica obligaciones y que si de la aplicación de una norma expedida por motivos de utilidad pública o interés social resultaren en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social”.

48 “Esta técnica de condicionamiento [la licencia o autorización] opera, en algunos casos, sobre actividades que constituyen el ejercicio normal de derechos subjetivos previamente reconocidos por el Derecho positivo (p. ej. el derecho de propiedad inmueble que conlleva la facultad de edificar sobre ella) [...]: lo que subyace a la autorización no es otra cosa que la libertad general de actuación que poseen los sujetos privados en virtud de su vinculación meramente negativa a la ley; una libertad ejercitable en cualesquiera direcciones y que la norma condiciona a su compatibilidad con el interés público” (SANTAMARÍA PASTOR, 2009, p. 272).

49 El Artículo 15 de la Ley 1682 de 2013 comienza por señalar que los permisos para el desarrollo de proyectos de infraestructura de transporte de interés particular surten efectos “sin perjuicio de lo previsto en la Ley 1508 de 2012”, vale decir, según el tenor literal de la LIT, las obras ejecutadas por virtud de dichas habilitaciones son esencialmente distintas a las que se desarrollan a instancias de una APP.

de coincidir con los propósitos y la proyección del desarrollo vial público. De hecho, en aras de la total claridad en torno a la vocación procomunal de este tipo de vías, la LIT exhorta al Gobierno Nacional para reglamentar "lo concerniente a la conectividad entre el proyecto de infraestructura de transporte de interés privado y la Red Vial a fin de evitar que aquellos proyectos generen perjuicios al interés general".

Según parece, lo que se busca en última instancia es que todos los habitantes del territorio gocen del servicio público de movilidad y transporte de forma continua y eficiente (Const. Pol., Art. 365) y ello, por supuesto, exige que todas las personas contribuyan con tal propósito social en la medida de sus posibilidades (Const. Pol., Arts. 1.º, 58 y 95). Así las cosas, la sumatoria de los esfuerzos públicos y privados en la construcción de infraestructura de transporte coadyuvará en la consecución del bienestar colectivo al acrecentar el patrimonio viario común y, por este camino, potenciará la riqueza social.

1.2. Alcance de la licencia: afectación de los derechos del desarrollador de la vía de interés particular

Como mecanismo para garantizar que la acción particular contribuya efectivamente en la generación de bienestar general a partir del aporte de infraestructura de transporte sin incrementar los costos sociales, el Artículo 15 de la LIT señala que, en virtud de la licencia especial en comento, el agente que construye una obra vial de su interés lo hace bajo el entendido de que "todos los bienes y servicios que se deriven del desarrollo del proyecto serán de propiedad, uso, explotación y administración de la Nación o entidad territorial". Por este concepto, el desarrollador no puede recibir contraprestación alguna por su ejecutoria ni ostenta "derecho exclusivo o preferente sobre la propiedad, uso, usufructo, explotación o libre disposición y enajenación del bien o servicio del proyecto de infraestructura de transporte".

Lo anterior significa que la aludida licencia, en aras de lograr su propósito de incrementar la oferta vial, tiene la virtud de publicitar la infraestructura de transporte concebida y construida en interés particular. Así las cosas, una vía, aun cuando sea ejecutada por cuenta y riesgo de un agente privado, solo podría ser de interés particular durante su estructuración y construcción (D.R. 942/2014, Art. 3.º núm. 6). Finalizada la fase ejecutiva de dicho proyecto, la infraestructura de transporte y los bienes que le están afectados pasarían a manos del Estado para el beneficio colectivo (D.R. 942/2014, Art. 3.º núm. 7).

Como puede verse, el agente, al solicitar el permiso en estudio, conoce de antemano que la vía que desarrolla y los bienes conexos no le pertenecerán al término de la fase constructiva. Su decisión de adelantar tal proyecto, entonces, resultará de un análisis de costo-beneficio en el cual valorará si el provecho que puede reportar por el uso de la vía se conserva en el evento de transferirla al Estado para su aprovechamiento colectivo.

La solicitud del permiso, entonces, equivale a aceptar la imposibilidad de formación de un "derecho exclusivo y preferente" sobre la vía o sus anexidades. Debe concluirse entonces que la LIT no priva al agente particular de atribución alguna o, siquiera, de una

expectativa plausible sobre la infraestructura de transporte pues, en este caso, la ley —por todos conocida (C.C., Art. 9.º)— enerva la irrupción de cualquier situación jurídica pasible de preservación, de suerte que el desarrollador no podría configurar la más mínima aspiración sobre la futura propiedad de la vía, vale decir, no podría aducir que su buena fe o confianza legítima han sido vulneradas por virtud de la apropiación estatal y la afectación al servicio público de su ejecutoria. La hipótesis en estudio, en fin, no es sino una carga pública —bastante fuerte, eso sí— que el agente asume voluntariamente y que, como se vio, no compromete su interés particular, en tanto este puede coexistir con el bien común comoquiera que la propiedad, en los términos del Artículo 58 superior, es verdadera función social.

2. Cuestionamientos a la constitucionalidad de los permisos especiales para la construcción de vías de interés particular

La licencia especial para la construcción de vías de interés particular constituye, en el fondo, una manifestación fortísima de intervención estatal en el alcance de los derechos económicos de libertad y propiedad de quien la solicita. No cabe otra conclusión cuando se considera que la autorización en estudio se orienta a procurar el concurso de los agentes particulares en el incremento de la oferta vial, aun cuando este no provenga precisamente de su liberalidad o compromiso social, sino de la apropiación *ope lege* de la infraestructura que construyeron en su interés y que, en virtud de la licencia, deviene en infraestructura procomunal.

Tal modalidad de intervención, con todo y sus aparentes ventajas sociales y su singular propósito redistributivo plantea, sin embargo, profundos interrogantes, constitucionales los unos, conceptuales los otros, en relación con su alcance frente a los derechos de terceros y su aplicación concreta. Ciertamente, en contra de la férrea certidumbre que el Gobierno Nacional exterioriza al propiciar la aplicación de esta figura —basta leer los considerandos del Decreto Reglamentario 942 de 2014 para entrever su acuerdo con la figura—, la detenida revisión de sus entresijos llama la atención, cuando menos, en tres aspectos.

Ciertamente, la plausibilidad de la licencia especial para la construcción de vías privadas depende, entre otros aspectos, de la revisión y cuestionamiento (2.1) del alcance, en apariencia inmoderado, que se da a la prevalencia de la disponibilidad de vías sobre derechos económicos como la libertad y la propiedad; (2.2) de las paradojas y problemas conceptuales del permiso y, finalmente, (2.3) de los efectos que una disposición como la analizada puede tener en relación con otras manifestaciones del interés general distintas a las vías propiamente dichas.

2.1. Limitación intensa de los derechos de libertad y propiedad

El desarrollo de proyectos de infraestructura de transporte de interés particular precisa de un permiso especial sin el cual, por razones bien conocidas en la dogmática jusad-

ministrativa, no es posible ejecutarlos⁵⁰. Si bien este permiso, en tanto exigencia administrativa formal, parece lícito dado su título jurídico de raigambre legal (Const. Pol., Arts. 84 y 333)⁵¹, lo cierto es que sus contenidos sustantivos se muestran por completo desproporcionados y esto, como lo destaca la doctrina especializada, contraviene el texto constitucional.

Como se sabe, la consecución de determinados fines del Estado demanda puntuales intervenciones públicas en el alcance de este o aquel derecho individual. Tal necesidad de intervención (Const. Pol., Art. 1.º) se presenta, en términos generales, cuando el derecho individual, por su naturaleza, sirve al bienestar general y, por ende, es imprescindible su aprovechamiento procomunal (L. 1228/2008, Art. 3.º), o al contrario, impide, difiere o encarece la consecución de propósitos sociales, razón por la cual ha de limitarse su ejercicio (L. 1228/2008, Art. 1.º par. 2, 5.º, 6.º y 7.º; L. 1682/2013, Arts. 7.º, 12, 46 y ss.).

Ahora bien, como lo destaca Carlos Bernal Pulido, las intervenciones en los derechos, aun cuando límites a su contorno, no pueden ser, a su vez, ilimitadas. Al contrario, tal manifestación del poder público debe estar correctamente fundada en argumentos interpretativos que denoten su plausibilidad a la luz del discurso constitucional y ello solo es posible cuando la intervención —además de su título jurídico— es proporcional, vale decir, cuando se concibe a partir de los subprincipios de idoneidad o adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto (Bernal Pulido, 2008, pp. 61 y ss.).

En resumen, la proporcionalidad como criterio de corrección para valorar la legitimidad de las intervenciones sobre los derechos se reconduce a una regla básica: la consecución de esta o aquella manifestación del interés general, por cara que sea a la sociedad, no habilita a ninguna autoridad pública —ni siquiera al Legislador— para intervenir ilimitadamente en los intereses particulares. Los límites a los derechos, se itera, también tienen límites.

Dicho lo anterior, es fácil colegir que el instrumento habilitante estatuido en el Artículo 15 de la LIT desconoce el principio de proporcionalidad en relación con los derechos económicos de (2.1.1) libertad y (2.1.2) propiedad.

50 "Un simple repaso de las normas positivas en materia de limitaciones administrativas de derechos pone de manifiesto de inmediato la existencia de una serie de figuras que, con unos u otros matices y bajo una terminología muy variada, expresan ideas muy próximas entre sí. En todos estos casos (autorizaciones, permisos, licencias, visados, habilitaciones, colegiaciones, dispensas, inscripciones, incluso, etc.) una actividad privada es consentida por la Administración previa valoración de la misma a la luz del interés público que la norma aplicable en cada caso pretende tutelar. La intervención de la Administración por vía de consentimiento del ejercicio de la actividad se configura siempre como requisito necesario de dicho ejercicio, que de otro modo, o bien no podría desplegarse válidamente, o bien se vería privado de efectos jurídicos" (GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ, 2004, p. 133).

51 Para una revisión detallada de la *legalidad* como condición jurídica esencial para la configuración de licencias y autorizaciones pueden consultarse, entre otros, los siguientes autores: Correa Henao (2009, p. 152); García de Enterría y Fernández (2004, p. 449).

2.1.1. La licencia especial y la libertad

Según establece la disposición en estudio, el agente particular que solicita la habilitación especial para proceder a la construcción de una obra de infraestructura de transporte de su interés debe garantizar la consistencia de dicha obra con la infraestructura de transporte pública existente, ya para viabilizar su disfrute "en igualdad de condiciones con los demás ciudadanos", ya para "evitar que aquellos proyectos —las vías en interés particular— generen perjuicios al interés general".

Así pues, si bien en principio el interés que motiva a un agente para proceder al desarrollo de un proyecto de infraestructura de transporte particular es la satisfacción de una necesidad propia, sea esta empresarial, productiva e, incluso, recreativa, el imperativo contenido en el Artículo 15 de la LIT deforma tal *móvil primigenio* al punto de hacerlo nugatorio.

De tal suerte, gracias al permiso en comento, el diseño y ejecución de una obra particular, que debió obedecer a la satisfacción de las necesidades que la motivaron, habrá de plegarse sin mayores reservas a "los planes, programas y proyectos del sector transporte", lo cual, de por sí, vacía de contenido la libertad del particular (Const. Pol., Arts. 16, 25 y 333), pues convierte su iniciativa en un instrumento, no de sus preferencias, sino de las necesidades colectivas. En pocas palabras, por virtud de este permiso el propósito particular que originó la prospección de la vía privada desaparece, y la iniciativa y el esfuerzo del agente que la ejecuta son capturados por el sector administrativo del transporte en orden a satisfacer las necesidades colectivas de movilidad.

La limitación a la libertad vertida en la garantía de *consistencia* entre las obras privadas y la infraestructura estatal sería comprensible si su finalidad fuera, simplemente, prevenir eventuales afectaciones al interés general devenidas de los obstáculos que las vías privadas indebidamente proyectadas o ejecutadas podrían ofrecer a la movilidad y seguridad de las vías públicas. En tal caso, entonces, bastaría, en los términos del inciso final del artículo en comento, con la definición de las condiciones para procurar una adecuada intersección entre "el proyecto de infraestructura de transporte de interés privado y la Red Vial a fin de evitar que aquellos proyectos generen perjuicios al interés general".

No obstante, el celo del Legislador por coartar la libertad del agente que solicita la licencia analizada hace que el referido apartado, tan razonable cuando se lo considera de forma aislada, carezca de todo sentido en el contexto de la disposición, ya que si la licencia se otorgó como resultado de la coincidencia del diseño de la vía de interés particular con los planes viales públicos (D.R. 942/2014, Arts. 3.º núm. 1, 2 y 4, y 5.º núm. 2) no es posible que esta, si se ejecuta conforme al plan aprobado (D.R. 942/2014, Art. 3.º núm. 4), contradiga el interés general. De tal suerte, la expedición de un reglamento especial para garantizar la conectividad entre la vía privada y la red vial pública no parece revestir un propósito útil, pues la vía de interés particular debe ser diseñada y aprobada como si fuera de interés general, por lo que la referida condición debió ser considerada en el diseño original.

2.1.2. La licencia especial y la propiedad

La sustantividad del permiso analizado sugiere que, más allá de la total ablación de la libertad del peticionario, su propósito real es procurar que las vías de interés particular se integren definitivamente a la infraestructura pública de transporte, no solo en cuanto al uso sino en cuanto a la titularidad. Ciertamente, quien pretende desarrollar un proyecto de infraestructura de transporte de interés privado, a pesar de asumir los costos del diseño y construcción y de comprometerse a reparar cualquier daño que resulte de tal actividad (D.R. 942/2014, Art. 3.º núm. 6), solo puede adelantarlos si renuncia, al unísono, tanto a su interés particular, en cuanto subsumido en el interés general, como a la propiedad de su ejecutoria, la cual, por virtud de la solicitud del permiso especial, pasa a manos del Estado.

Así las cosas, la disposición en comento, sin mayores eufemismos, señala que "todos los bienes y servicios que se deriven del desarrollo del proyecto serán de propiedad, uso, explotación y administración de la Nación o entidad territorial según corresponda", y que "en ningún caso, la autorización o permiso otorgado constituirá un contrato con el particular".

Tales expresiones constituyen una carga pública desproporcionada, en tanto auspician la usurpación del esfuerzo privado sin lugar a contraprestación alguna y sin que medie una razón que justifique tal ablación de la propiedad distinta, claro está, al propio título legal. Lo dicho, no cabe duda, contraviene el tenor literal del Artículo 58 constitucional, en la medida en que tal disposición, si bien admite la expropiación "por motivos de utilidad pública o interés social definidos por el legislador", la sujeta tanto a la confrontación de la preferencia social legalmente perseguida con los reales "intereses de la comunidad y del afectado", así como al agotamiento previo de un procedimiento, sea judicial o administrativo, que ha de culminar con el pago de una indemnización justa al afectado antes de que opere la traslación del dominio del bien privado al patrimonio público.

Dicho con otras palabras, la figura establecida en el Artículo 15 de la LIT, al imponer la traslación de la infraestructura de transporte de interés particular a la órbita dominical pública sin que medie ninguna contraprestación, configura un ejemplo prototípico de confiscación (Samper, 1886, p. 74). La obtención del permiso en comento implica el total despojo del esfuerzo privado en beneficio del Fisco, el cual, como contrapartida, no adquiere ningún deber; tal iniquidad, por supuesto, está totalmente proscrita en el ordenamiento jurídico colombiano (Const. Pol., Arts. 34 y 90).

Debido a lo anterior, los problemas interpretativos que ofrece el Artículo 15 de la LIT no se restringen solo a la aparente —bastante aparente, por cierto— legalización de una conducta confiscatoria en relación con las vías de interés particular. Además de este desafuero jurídico, el confuso texto del artículo en estudio permitiría, asimismo, extender dicha confiscación más allá de la vía en cuanto tal, a "todos los bienes y servicios que se deriven del desarrollo del proyecto", incluidos los necesarios para la construcción, adecuación y funcionamiento de la obra. Según la literalidad de la disposición criticada, los elementos conexos a la vía "serán de propiedad, uso, explotación y administración de

la Nación o entidad territorial según corresponda" por virtud de la apropiación pública del proyecto.

Para que no quede el menor rastro de duda sobre la condición confiscatoria de la medida, el artículo glosado termina señalando que aun cuando el proyecto se construye en interés particular y es fruto del esfuerzo exclusivo del solicitante, no podrá entenderse "que el particular obtiene derecho exclusivo o preferente sobre la propiedad, uso, usufructo, explotación o libre disposición y enajenación del bien o servicio del proyecto de infraestructura de transporte", en la medida en que tales derechos "los tendrá en igualdad de condiciones con los demás ciudadanos". De hecho, como corroboración de la renuncia a cualquier derecho particular en relación con la ejecución de este tipo de proyectos, el Decreto Reglamentario 942 de 2014, al disponer los elementos que conforman la solicitud del permiso para la intervención en interés privado, establece que el peticionario debe manifestar en forma expresa que

...con el desarrollo del proyecto de infraestructura de transporte no pretende obtener el derecho preferente o exclusivo sobre la propiedad, uso, usufructo, explotación o libre disposición y enajenación del bien o servicio del mismo. En virtud de ello, debe presentar una propuesta de cómo se garantizará a los demás ciudadanos en igualdad de condiciones, el acceso a la infraestructura de transporte por construirse. (D.R. 942/2014, Art. 3.º núm. 7)

2.2. Incertidumbres conceptuales

Como puede verse, la medida contenida en el Artículo 15 de la LIT, a pesar de la aparente claridad con que fue presentado en su momento y de las ventajas sociales que, según algunas autoridades, pretendió salvaguardar, genera toda suerte de inconsistencias jurídicas y de dudas, no solo en relación con su interpretación, sino también en lo atinente a las verdaderas intenciones que perseguía el Gobierno Nacional al incluir tal figura en la LIT.

De hecho, ya es sumamente problemático que la ley establezca un trámite administrativo que, en clara oposición frente a la Constitución Política, conduzca a la negación de la libertad y la confiscación de la propiedad privada; pero, sin duda, lo es aún más que tal permiso no sea objeto de inaplicación por parte de las autoridades públicas y, por supuesto, que el Gobierno Nacional, dando a entender su beneplácito con tal estropicio, haya configurado el procedimiento aquí establecido por medio del Decreto Reglamentario 942 de 2014 como si del más legítimo de los instrumentos administrativos se tratase.

Debe, por tanto, preguntarse, ¿a dónde conduce todo esto?, ¿qué buscaba realmente el Gobierno Nacional con tal medida?, ¿de qué tipo de vías pretende apoderarse el Estado?, ¿olvidó el MIT, promotor de tal figura, que aun cuando el bienestar colectivo se construye a partir de la contribución de todos los asociados, tal condición también precisa del respeto por los derechos de cada uno de ellos, so pena de generar daños especiales que deberán ser reparados en el futuro?

En cualquier caso, sea cual sea la finalidad buscada por el Gobierno Nacional con tal medida, ¿podrá lograrla empleando el insólito instrumento contenido en el Artículo 15

de la LIT? Tal figura, al ahondar en detalles que procurasen su propósito —ampliación de la oferta vial—, insertó una paradoja en el permiso para la construcción de vías privadas que, en estricta lógica, imposibilitaría su aplicación.

Como se señaló, el otorgamiento del permiso comentado se condiciona a la plena coincidencia entre la vía estructurada y ejecutada por el particular y la prospección de la red vial pública a efectos de poder beneficiar a toda la colectividad por virtud de la apropiación pública de la obra y sus anexidades. En este orden de ideas, en las vías a las que se refiere el Artículo 15 de la LIT no podría existir ninguna manifestación de interés particular, al menos no una que revista mayor relevancia que la que puede tener una vía cualquiera para cualquier sujeto que se sirva de ella.

Del anterior aserto pueden extraerse dos conclusiones que, vistas en la sistemática normativa colombiana, generan sendas paradojas en el texto analizado y determinan su inaplicación, si bien no en sentido constitucional, al menos sí en sentido lógico-jurídico.

En primer lugar, debe desatacarse que, por virtud de la plena coincidencia entre las vías privadas y la prospección vial pública, aunada a la vocación procomunal de las primeras, el resultado lógico-jurídico es la inexistencia de vías de interés particular lo cual, necesariamente, enerva el objeto del licenciamiento —“el desarrollo por su cuenta y riesgo de proyectos de infraestructura de transporte de su interés”, señala la LIT—, lo que significa que el permiso en estudio carecería de supuesto fáctico y no podría ser tramitado en la práctica.

En segundo lugar, y como resultado de lo anterior, habría que concluir, ante la inexistencia de vías de interés particular propiamente dichas, las obras desarrolladas en el caso que nos ocupa serían, simplemente, vías de interés general estructuradas y ejecutadas por agentes privados, de lo que resulta que las vías desarrolladas en este supuesto obedecerían a la misma estructura conceptual de las obras llevadas a cabo por medio del esquema de APP estatuido en la LAPP.

Así las cosas, con todo y que el Artículo 15 de la LIT comienza por tomar distancia de la LAPP, la sustancialidad de su texto, siempre que se extirpen los apartados que contravienen de forma directa a los Artículos 16, 58 y 333 constitucionales, hace que este tipo de obras no sean sino una forma de vinculación de capital privado “para la provisión de bienes públicos y de sus servicios relacionados, que involucra la retención y transferencia de riesgos” (L. 1508/2012, Art. 1.º) al agente executor⁵².

52 “La APP como modelo contractual puede definirse como cualquier forma de vinculación de capital privado para la construcción, administración y gestión de una infraestructura o de un servicio público.
[...]

“[Se] trata de acudir a dicho capital para que sean los privados quienes desarrollen, con su especialidad en la materia —bien sea una construcción, administración o gestión, o la conjunción de solo alguno de ellos—, la provisión de alguna infraestructura, [la cual] no solo implica la construcción de una obra destinada al servicio público, sino que debe contener además los elementos y servicios intangibles necesarios para que la complejidad de [la] estructura concebida pueda prestar la totalidad de las funciones para la que fue ideada” (COVILLA MARTÍNEZ, 2014, pp. 81-82).

Al final del día, dado el postulado constitucional de prevalencia de la realidad sobre las formas (Const. Pol., Art. 228), resulta que este permiso carece de cualquier parámetro de reconocimiento en el ordenamiento jurídico por cualquiera de estas tres razones. Por una parte, según se explicó en el acápite precedente, dicho trámite es abiertamente inconstitucional en tanto desconoce, al unísono, la libertad de los asociados y el derecho de propiedad. Por otra parte, tal exigencia administrativa carece de objeto por la inexistencia de supuesto de hecho, pues una vía de estricto interés particular no puede ser a la vez plenamente consistente con el interés general, en tanto este por su condición jurídico-económica subsumiría al primero. En tercer lugar, si es que se insiste en la exigibilidad de esta carga formal, debería asumirse que esta constituye un trámite previo de los procedimientos de APP, con lo cual se entorpecería la mencionada figura y se tendería un manto de duda en relación con la indemnidad de los derechos de los inversionistas, pues parecería que la intención del Gobierno Nacional es apropiarse de las obras y ponerlas al servicio de la colectividad sin concurrir a su pago.

Tras el análisis propuesto resulta plausible concluir que este permiso carece de todo sentido, no solo porque las vías que puedan reconducirse al interés general pierden su condición particular y, por tanto, escapan al ámbito de aplicación del Artículo 15 de la LIT, sino porque, al contrario, una vía de estricto interés particular, al no poder reconducirse a las proyecciones de la red vial pública ni al uso procomunal, no tendría ninguna razón para tramitar la referida habilitación. Quizá esta sea la razón por la cual el legislador optó por establecer que el interesado en construir dicha obra puede solicitar esta autorización, lo que dicho de otra manera equivale a sostener que el particular también podría abstenerse de impulsar dicho trámite administrativo y continuar adelante con su iniciativa, al asumirla como completamente refractaria a la satisfacción de necesidades distintas a las suyas.

2.3. Confrontación entre algunas manifestaciones tradicionales del interés general y el imperativo de consistencia de las vías particulares y la prospección de la red vial pública

Con el fin de continuar con el análisis del Artículo 15 de la LIT, déjense de lado por un momento las críticas precedentes, esto es, asúmase que el permiso para la construcción de vías de interés privado no encierra ninguna anomalía en relación con la libertad y la propiedad, y que su formulación conceptual es consistente, al menos en los términos analizados hasta este punto. Con todo y esta permisión académica, el examen de la mencionada disposición genera todavía algunas dudas adicionales, particularmente cuando se la confronta con otras manifestaciones del interés general distintas a las vías y demás obras de infraestructura de transporte.

En efecto, de conformidad con el artículo en estudio, la solicitud del permiso concierne a cualquier "interesado" en adelantar proyectos de infraestructura de transporte "de su interés". El interés, entonces, se convierte en el elemento que determina la pertinencia de la solicitud del permiso y el desencadenamiento de todos sus efectos jurídicos y económicos. Pero, ¿a qué tipo de interés se refiere esta disposición?

La generalidad de esta disposición, tanto en relación con la naturaleza jurídica del sujeto que se interesa como del tipo de interés que este sujeto puede tener en la ejecución del proyecto de infraestructura de transporte hace que, virtualmente, la proyección y construcción de cualquier vía por fuera de la esfera de la adjudicación de obras por algún ente estatal como la ANI, por ejemplo, tenga que estar precedida por la imperativa tramitación del permiso especial establecido en el Artículo 15 de la LIT.

Tal conclusión no es de poca monta si se toma en consideración que la ejecución de determinadas obras en ámbitos como la industria del petróleo, la actividad minera, los servicios públicos domiciliarios y sus actividades complementarias, los distritos de riego y la adecuación ambiental —catalogadas todas ellas como intervenciones de utilidad pública e interés social (Const. Pol., Arts. 58 y 365; D.L. 1056/1953, Arts. 4.º, 9.º y 96; L. 56/1981, Art. 1.º; L. 142/1994, Arts. 56 y 57; L. 143/1994, Art. 5.º)—, precisan de la proyección y construcción de determinadas obras de infraestructura de transporte que fungen como facilidades de producción o accesos de las primeras. En los mencionados eventos, cosa singular, las obras de infraestructura de transporte son desarrollos estructurados y ejecutados para el buen funcionamiento de otra actividad de interés general, esto es, las vías son simples accesorios de otra manifestación del interés general con mayor peso relativo.

Si bien el aprovechamiento principal —una central hidroeléctrica o un campo petrolero, por ejemplo— está calificado por la ley como una actividad de interés general, los elementos accesorios como las vías de acceso, aunque cubiertos por el manto procomunal de aquel, son al propio tiempo actividades del interés del desarrollador en tanto viabilizan su intervención y le permiten maximizar su beneficio como inversionista. En este caso, entonces, siendo que el proyecto de infraestructura de transporte es del interés de quien lo desarrolla, ¿estará obligado a tramitar el permiso especial al que alude el Artículo 15 de la LIT?

En caso de que la respuesta a la inquietud planteada sea afirmativa —y dada la amplísima formulación del permiso analizado no podría ser de otra manera— se generarían serios inconvenientes prácticos para el desarrollo de determinadas obras y proyectos de interés general.

Sea lo primero considerar que, por razones técnicas indiscutibles, las obras conexas aquí mencionadas han de ser proyectadas y ejecutadas en razón de las exigencias técnicas del servicio o la actividad a la cual acceden. De este modo, no parecería conveniente que la aplicación de la LIT condicionase la ejecución de tales obras a su adecuación a planes viales generales, en la medida en que su finalidad es completamente distinta a la de los proyectos que justificaron la construcción de los accesos. En otras palabras, carece de sentido que el logro del bienestar colectivo devenido de los aprovechamientos mineros, petroleros, energéticos o de riego, por ejemplo, sea frustrado por la falta de reconocimiento entre los planes viales generales y los diseños de las obras de infraestructura de transporte accesorias, pues en tal caso estas últimas no pondrían ser licenciadas en los términos de la LIT.

Por otra parte, resulta harto problemático, desde la perspectiva de la viabilidad de otros proyectos de interés general distintos a la movilidad, considerar los efectos que sobre estos tendría el fenómeno de la apropiación estatal y la afectación al uso público que deviene de la eficacia del permiso del Artículo 15 de la LIT. Acéptese por un momento la constitucionalidad de tal disposición y dese por hecho que el desarrollador de un proyecto de interés general transfiere los accesos al Estado. Así pues, cabe preguntar, una vez operada la apropiación pública, ¿quién es el responsable del mantenimiento de la obra de infraestructura de transporte?, ¿se entiende esta carga como parte de las labores de uso, explotación y administración que conciernen al Estado? En sentido semejante, ¿qué pasa si se precisa de una obra urgente en la vía de interés particular y el Estado, su propietario por virtud legal y, razonablemente, el responsable de su administración, no la ejecuta oportunamente?, ¿responde ante el particular por los perjuicios que le generó? —recuérdese que es el interés particular el que motiva la obra—, o ¿debe el particular realizar las adecuación del caso para garantizar la finalidad del aprovechamiento principal y, luego, recobrar al Estado?

Por otra parte, cabe preguntar: ¿qué protección merece el interés particular que motivó la obra privada que luego se confiscó? Piénsese en el caso de una compañía privada de explotación de hidrocarburos o de generación de energía; ¿se justifica poner en riesgo las facilidades de producción y las cuantiosas obras de infraestructura a las que la vía privada procuraba el acceso con tal de lograr su afectación general al uso público?

Finalmente, es difícil determinar a simple vista qué sucedería en caso de que ocurra un siniestro en la vía tras la apropiación. ¿Existe solidaridad?, o, por el contrario, ¿la responsabilidad radicaría exclusivamente en el Estado, en tanto propietario de la obra y responsable de su cuidado?

Capítulo II

Permisos especiales para la instalación de redes lineales en la infraestructura de transporte

Como se sabe, la LIT alude en varias de sus disposiciones a la existencia de permisos especiales (L. 1682/2013, Arts. 4.º, 46, 47, 48, 50 y 55) que legitiman el levantamiento de redes lineales en la infraestructura de transporte (L. 1228/2008, Arts. 1.º y ss.; L. 1682/2013, Art. 4.º núm. 1.º). Tal mención legal, simplemente asume como un hecho, ajeno a cualquier discusión, la vigencia de un régimen *ad hoc* de habilitación para el asiento de redes lineales en las vías y en las zonas de carretera⁵³, por lo que no es necesario que la propia LIT detalle los elementos de tales requisitos o determine el marco competencial que les corresponde, en tanto dichos parámetros se derivan con claridad de otros referentes formales del ordenamiento jurídico.

53 Para un análisis detallado del concepto *zona de carretera*, puede consultarse Hernández Betancur (2013, pp. 113 y ss.).

De algún modo, la vigencia de los aludidos permisos especiales genera un marco de coexistencia entre las redes lineales y la infraestructura de transporte que, en aras de procurar el favorecimiento de esta última —en tanto derivación del rango superior del interés viario—, ocasiona profundas restricciones a los derechos de los agentes que, como las empresas de servicios públicos domiciliarios, de tecnologías de la información y las comunicaciones y la industria del petróleo, basan su actividad económica en la expansión de las primeras.

De hecho, tal es el alcance de las mencionadas restricciones que, como se verá, en algunos eventos se aproximan bastante al desconocimiento de cualquier derecho sobre las redes instaladas en la infraestructura de transporte a partir del título vertido en tal habilitación. La cuestión de fondo, entonces, se orienta a indagar por la plausibilidad de dichos permisos, para lo cual habrá que profundizar tanto en la existencia formal de tales habilitaciones —que la LIT da por supuesta—, como en el alcance correcto de las restricciones que estos instrumentos imponen a los intereses jurídicos que fungen como puntual contratiempo al interés viario.

Así las cosas, a efectos de estudiar el régimen *ad hoc* de habilitación para el asiento de redes lineales se propone: (1) comenzar por la revisión de las disposiciones que al interior de la LIT ponen de manifiesto su existencia y delimitan sus propósitos. Al finalizar esta aproximación, (2) quedará claro por qué se señala que la LIT no crea los permisos especiales en estudio sino que, simplemente, acepta su existencia a partir de algunas fuentes formales que la preceden en el tiempo y que establecen en forma integral sus elementos esenciales. Finalmente, (3) se revisarán los diversos caracteres definitorios de los permisos especiales para el asiento de redes lineales a la luz de la Constitución Política, para así concluir si dicho instrumento administrativo es de recibo en el contexto institucional colombiano.

1. Aproximación a los permisos especiales para el asiento de redes lineales en el contexto de la Ley de Infraestructura de Transporte

La LIT, en varias de sus disposiciones, menciona —aunque sin dar mayores detalles— la existencia de determinados “permisos” indispensables para la instalación de redes lineales en los espacios que revisten importancia para la expansión, siquiera potencial, de la infraestructura de transporte. Tan continua mención, parece obvio, sugiere que dicha medida administrativa reviste una singular importancia para preservar el interés viario; tanta que su tramitación, de algún modo, se erige como garantía fundamental de su prevalencia. De lo dicho, entonces, resulta que los aludidos permisos (1.1) son un instrumento especial (1.2) que se ordena a favorecer el desarrollo prevalente y a bajos costos de la infraestructura de transporte.

1.1. Especialidad y vocación instrumental de los permisos para el asiento de redes lineales

El Artículo 48 de la LIT, que establece el procedimiento para la protección, reubicación y traslado de activos y redes lineales señala que, en aquellos eventos en los cuales el estructurador de un proyecto de infraestructura de transporte advierta (L. 1682/2013, Arts. 7.º y 12) incompatibilidad entre la vía proyectada y las redes lineales existentes, deberá intervenir sobre estas últimas. Dicha intervención, que puede consistir en una obra de protección o en el traslado o reubicación de activos (L. 1682/2013, Art. 12), se definirá tras el desarrollo de un trámite en el que los agentes del sector transporte y el sector de redes lineales interactuarán por medio de la remisión de documentos y estudios tendientes a identificar los costos asociados a cada una de estas ejecutorias, a fin de tomar partido por la más eficiente (Const. Pol., Art. 209; L. 1682/2013, Arts. 5.º, 7.º, 46 y ss.).

Al efecto, el estructurador del proyecto de infraestructura de transporte comunicará al agente de redes lineales que corresponda la ubicación georreferenciada de la vía potencial, así como toda otra información útil para identificar las redes y activos en situación de interferencia. En respuesta, el titular de redes lineales deberá atender tal comunicación en un término perentorio de treinta días calendario, indicando al estructurador del proyecto de infraestructura de transporte, entre otras cosas, la caracterización de las redes y activos allí ubicados y el detalle de "los permisos, autorizaciones o licencias concedidas al prestador y/u [sic] operador para la instalación de la red o activo".

Cabe aquí la formulación de la primera pregunta: ¿a qué "permisos, autorizaciones o licencias" se refiere la disposición? Dicho con algo más de detalle, ¿la LIT alude en este punto a todos los permisos, autorizaciones y licencias necesarios para el asiento de las redes lineales? O, por el contrario, ¿se circunscribe esta exigencia solo a algunos permisos administrativos de naturaleza y propósito singular?

En principio, y aun en contravía del célebre aforismo jurídico que reza que "en donde el legislador no distingue no le es dable hacerlo al intérprete" (*ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*), parece plausible aseverar que tal exigencia no pretende obligar al agente de redes lineales a remitir al estructurador del proyecto de infraestructura de transporte, por ejemplo, el detalle de las autorizaciones ambientales o urbanísticas que legitiman su asiento, pues ello carecería de sentido, cuando menos, por dos razones.

En primer lugar, tal exigencia no cumpliría ningún propósito relevante en el procedimiento para la protección, reubicación o traslado de activos y redes toda vez que, en sí, dicha información no ayudaría a cuantificar los "costos asociados" a las intervenciones de la red, ni a esclarecer el alcance de los derechos y obligaciones que derivan de la coexistencia de redes y vías. Piénsese, por ejemplo, en el caso de una red lineal asentada en un predio aldeaño a una vía que no cuenta con autorización alguna; esta situación, anómala por demás y merecedora de todo el reproche y la consiguiente sanción por parte de las autoridades competentes sería, sin embargo, irrelevante en el contexto del procedimiento disciplinado en el Artículo 48 de la LIT, pues nada aporta en la determinación de los costos asociados a la protección, traslado o reubicación del activo. En

este contexto, la posibilidad de exigir al agente de redes lineales el acopio y remisión al estructurador vial de todos los permisos que dan cuenta de la juridicidad del asiento de sus activos debe ser descartada por simple aplicación del principio de interpretación útil de la ley, en cuya virtud cuando a un enunciado normativo pueden atribuirse varios sentidos, debe prevalecer aquel que produzca efectos sobre los que no lo hacen.

En segundo lugar, y esto es lo más relevante, tal exigencia, si fuera genérica, incursonaría en la labor policiva —inspección, control, vigilancia y potestad sancionatoria— que la Constitución y la ley confieren al Presidente de la República, en tanto suprema autoridad administrativa (Const. Pol., Arts. 115, 189 núm. 22 y 370; L. 142/1994, Arts. 75, 76, 79 y 80; Consejo de Estado, 2000), y a entidades como la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, encargada de vigilar el cumplimiento de la ley y actos administrativos por parte de los prestadores de servicios públicos (L. 142/1994, Art. 79 núm. 1); la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales, competente para instruir y resolver los procedimientos sancionatorios ambientales, entre otras causales, por infracción de la normativa ambiental (L. 1333/2009, Art. 5.º; D.L. 3573/2011, Art. 3.º núm. 7), y por último, de autoridades como los alcaldes municipales y distritales, responsables de imponer las sanciones urbanísticas por asiento de infraestructuras sin las licencias respectivas (L. 810/2003, Arts. 1.º y ss.). En otras palabras, asumir que, por virtud de lo dispuesto en el Artículo 48 de la LIT, el agente de redes debe remitir al estructurador del proyecto de infraestructura de transporte toda la información sobre los permisos para el asiento de sus redes sería tanto como atribuirle a este último competencias policivas por analogía en contravía de lo dispuesto en el Artículo 121 constitucional.

Dadas estas consideraciones —finalidad de la exigencia y competencia restrictiva—, ha de concluirse que la LIT obliga al agente de redes lineales a remitir al estructurador del proyecto de infraestructura el detalle de los permisos, licencias y autorizaciones que legitiman su asiento, siempre que ello sea útil para establecer el alcance de los derechos y obligaciones que pueden corresponder a cada uno en el eventual caso de la protección, traslado o reubicación de las redes y, por esta vía, determinar los costos asociados a dichas ejecutorias.

En efecto, la mencionada información en manos del estructurador del proyecto de infraestructura de transporte debe servir exclusivamente para determinar los costos asociados, según se definen en el Artículo 12 de la LIT —ese es el fin último del procedimiento dentro del cual se exigen—, en tanto carece de competencias para hacer un control de fondo en relación con el licenciamiento de las redes lineales o para declarar infracciones e imponer sanciones por deficiencia o ausencia en dicho trámite.

En resumen, la alusión hecha en el Artículo 48 de la LIT a "los permisos, autorizaciones o licencias concedidas al prestador y/u [sic] operador para la instalación de la red o activo" ha de tener un contenido distinto a la compilación de información sobre habilitaciones ambientales y urbanísticas. Por tanto, debe entenderse que en este punto se alude, en términos generales, a un permiso de asiento, pero que no es propiamente ambiental o urbanístico.

Así las cosas, debe preguntarse otra vez: ¿a qué permisos, autorizaciones o licencias se refiere la LIT? La respuesta a este interrogante comienza a esclarecerse en los artículos 46, 50 y 55 de la normativa glosada, pues en ellos se deja en claro que los permisos relevantes en el contexto de la LIT son aquellos ordenados a disciplinar la coexistencia de redes lineales y vías, sea que definan las reglas de compatibilidad entre ambas modalidades de infraestructura, sea que permitan acotar los derechos de los agentes en aquellos eventos en que la prevalencia del interés viario imponga la afectación de otros sectores.

1.2. Justificación de un régimen especial de licenciamiento en la Ley de Infraestructura de Transporte

De lo dicho hasta este punto es posible colegir que la LIT alude de manera reiterada a la necesidad de tramitar cierto tipo de permisos para el asiento de redes lineales en la infraestructura de transporte. Ahora bien, aun cuando la disposición en comento no crea en forma específica dichos permisos ni define su marco procedimental, una cosa es segura: la LIT acepta la existencia de esta clase de permisos, en tanto parte del supuesto de su configuración en el ordenamiento jurídico que la precede.

Prueba de lo anterior reside en hecho de que, aun cuando la LIT guarda silencio en torno a los elementos sustantivos de los permisos especiales, es más que evidente la manera en que reconoce la vigencia de determinadas habilitaciones para el asiento de redes lineales a partir de la mención de sus finalidades jurídicas concretas. En este orden de ideas, es factible concluir que la LIT dio por sentado que el ordenamiento aplicable a la interacción entre redes e infraestructura de transporte ya había consagrado varias formas de habilitación para el despliegue de aquellas, en tanto estos permisos ofician como el instrumento adecuado para la consecución de, cuando menos, dos propósitos de gran importancia: (1.2.1) la garantía de prevalencia del interés viario, y (1.2.2) la disminución de costos de la ejecución vial.

1.2.1. Garantía de prevalencia del interés viario

Como ya se sabe, según el Artículo 5.º de la LIT, el interés viario materializa el interés general previsto en la Constitución Política. Dicho interés general, prevalente por mandato superior (Const. Pol., Arts. 1.º y 58), es garantizado en el contexto de la LIT, entre otros instrumentos, por medio del establecimiento de medidas de prospección ordenadas a evitar o, cuando menos, disminuir, la disposición deliberada de elementos materiales que, a la larga, puedan obstaculizar el desarrollo vial; tal es el caso de las redes lineales.

Con este fin, el inciso 2.º del Artículo 46 de la LIT, al definir el ámbito de aplicación del Capítulo III del Título IV relativo a la coexistencia de redes lineales e infraestructura de transporte, dispone que tal apartado normativo será aplicable, entre otros supuestos, al "otorgamiento de permisos de instalación de nuevas redes de manera coordinada con los trazados y proyecciones de los proyectos de infraestructura de transporte, las cuales en ningún caso podrán ser oponibles para las expansiones futuras".

De tal apartado se concluye que existen permisos para la instalación de nuevas redes y que estos son, de cierta manera, un instrumento de prospección garante de la prevalencia del interés viario que tiene por objetivo fundamental, no la prohibición de otros usos, sino la garantía de compatibilidad de diversos aprovechamientos. Por tanto, es claro que existen permisos especiales para el asiento de redes lineales, y surgen ahora otros interrogantes medulares en el desarrollo de este escrito: ¿son los permisos especiales el único instrumento de prospección garante de la compatibilidad de aprovechamientos? Y, de ser así, ¿cuáles son las disposiciones que consagran y desarrollan los permisos en estudio y qué alcance les confieren?

La respuesta a estas inquietudes subyace en el Artículo 55 de la LIT el cual, entre otros efectos, modifica el parágrafo 2.º del Artículo 1.º de la Ley 1228 de 2008 o, simplemente, Ley de Fajas de Retiro Vial (LFRV). Aunque este artículo dispone medidas especiales para garantizar la compatibilidad entre las vías y las redes lineales que puedan instalarse en el futuro, los permisos de instalación de redes lineales, según parece, son el instrumento elegido para materializar la compatibilidad de aprovechamientos sin comprometer la prevalencia del interés viario. No obstante, ya se verá, esta tipología de permisos especiales no es el único ni el más importante de entre los instrumentos ideados en la LIT con los propósitos reseñados.

Sea cual sea la conclusión a la que pueda arribarse, lo cierto es que esta última disposición permite entender que el desarrollo de la infraestructura de transporte, aunque de crucial importancia para la materialización del interés general, no puede ser una tanquera infranqueable para el crecimiento de otros sectores que también materializan dicho interés (Const. Pol., Art. 365). De tal suerte, el Artículo 55 en estudio señala que la expansión de redes lineales en las zonas de carretera es legítima en determinados supuestos y siempre que se cumplan algunas condiciones especiales.

Al respecto, se dispone que en las fajas de retiro vial configuradas en la LFRV serán permisibles aprovechamientos procomunales⁵⁴ distintos a los concernientes a la infraestructura de transporte en cualquiera de dos supuestos: (A) compatibilidad de usos según se defina en la concepción integral del proyecto vial, y (B) ausencia de proyección vial en el corredor específico.

54 Tanto la LFRV en su Artículo 6.º como la LIT en su Artículo 55 son perentorias al señalar que en los retiros viales, en tanto zonas dominicalmente delimitadas para favorecer la expansión de la infraestructura de transporte, se prohíben los aprovechamientos de interés particular que puedan obstruir o encarecer el desarrollo vial futuro. Con esta finalidad, las referidas normativas prohíben expresamente el otorgamiento de licencias de construcción de interés privado en las fajas de retiro vial. Otro tanto se colige del Decreto Reglamentario 1389 de 2009, el cual señala que la prohibición de construcciones referida en la LFRV alude únicamente a las obras y mejoras que requieren licencia de construcción en los términos de la normativa urbanística vigente; en relación con las redes lineales, el referido reglamento acepta su levantamiento en los retiros viales siempre que se tramite el permiso para el uso y ocupación del espacio público cuando este sea procedente. Por su parte, el Decreto Reglamentario 1469 de 2010 dispone que el levantamiento de redes lineales solo se sujeta al trámite de permiso de ocupación y uso del espacio público en aquellos eventos en los cuales el suelo a intervenir, además de fungir como espacio público, es al mismo tiempo bien de uso público.

A. Incorporación de redes lineales en el diseño de proyectos. Aprobación de condiciones de instalación

En primer lugar, la compatibilidad entre redes lineales y vías depende de la previsión —concepción integral, refiere la LIT— en el proyecto de infraestructura de transporte de otros aprovechamientos procomunales técnicamente permisibles, incluso necesarios, "como despliegue de redes de servicios públicos, tecnologías de la información y de las comunicaciones o de la industria del petróleo" (L. 1228/2008, Art. 1.º párrafo 2.º inciso 1 modificado por el Artículo 55 de la Ley 1682 de 2013). En este orden de ideas, la LIT alude a la incorporación de redes lineales en los diseños de las vías futuras, caso en el cual "la entidad estructuradora del proyecto de infraestructura de transporte o responsable del corredor vial, previa solicitud del competente, revisará la conveniencia técnica, tecnológica, legal y financiera de la instalación de estas redes y aprobará las condiciones de su instalación" (L. 1228/2008, Art. 1.º párrafo 2.º inciso 2 modificado por el Artículo 55 de la Ley 1682 de 2013).

En este caso, al parecer, subyace el primer reconocimiento hecho por la LIT en torno a la existencia de permisos especiales para la instalación de redes lineales. En efecto, si bien la disposición no alude de forma expresa y directa a la exigibilidad de licencias, autorizaciones o permisos para el asiento de redes lineales sobre las proyecciones viales, es cuando menos factible deducir la aplicación de tal formalidad a partir de la integración de algunas disposiciones de la LIT.

Así las cosas, se itera, el Artículo 46 señala que el Capítulo III del Título IV de la LIT, intitulado "Activos y Redes de Servicios Públicos, de TIC [Tecnologías de la Información y las Comunicaciones] y de la Industria del Petróleo" disciplina, además de otros aspectos, "el otorgamiento de permisos de instalación de nuevas redes de manera coordinada con los trazados y proyecciones de los proyectos de infraestructura de transporte".

Es precisamente por tal razón que el Artículo 55 de la LIT cualifica el diseño de los proyectos de infraestructura de transporte para permitir la instalación de otros aprovechamientos procomunales sobre sus trazados, sometiéndolos, eso sí, a la observación de determinados condicionamientos técnicos que garanticen el buen funcionamiento de las vías futuras y a la aprobación por parte de "la entidad estructuradora del proyecto de infraestructura de transporte o responsable del corredor vial, previa solicitud del competente, (de) las condiciones de su instalación".

En este orden de ideas, aprobar las condiciones de instalación en la elaboración de los diseños de la obra vial es, por lo pronto, la primera competencia decisoria que la LIT parece reconocer a las autoridades del sector administrativo del transporte en relación con el asiento de redes lineales.

El problema, sin embargo, estriba en que esta aprobación no reviste de manera inequívoca la forma procedimental de un permiso. Antes bien, de la redacción del aparte analizado del Artículo 55 de la LIT bien puede colegirse que la inclusión de redes lineales en el trazado de un proyecto vial es apenas el resultado favorable de un requerimiento que el "competente", que puede ser un operador de red o el Ministerio de Tecnologías de

la Información y las Comunicaciones para el caso de redes de TIC, formula a "la entidad estructuradora del proyecto de infraestructura de transporte o responsable del corredor vial" solicitando la revisión de la "conveniencia técnica, tecnológica, legal y financiera de la instalación de estas redes" y la aprobación de "las condiciones de su instalación". Aún más, en relación con las condiciones de instalación es de resaltar que estas, por su postulación normativa, han debido ser formuladas por el propio interesado en la solicitud, en la medida en que la disposición comentada no habilita a la autoridad vial para la adopción de otro tipo de decisiones distintas a la nuda aprobación, esto es, el estructurador del proyecto o responsable del corredor sería incompetente para proponer, definir o imponer las condiciones de instalación.

Tal lectura, completamente plausible en el contexto de las reglas del procedimiento administrativo, el principio de legalidad y, de alguna manera, de la planificación del uso del suelo para el asiento de infraestructuras procomunales, sin embargo, vaciaría de su contenido al inciso 2.º del Artículo 46 de la LIT que señaló la emisión de permisos para el asiento de redes de manera coordinada con las proyecciones viales, como uno de los propósitos rectores del Capítulo III del Título IV de la normativa en estudio.

Por lo anterior debe concluirse que la LIT, si bien no configuró de forma expresa una potestad de habilitación en esta materia, cuando menos la reconoció de manera implícita —con todo y lo problemático que esto resulte desde la óptica de los principios de libertad (Const. Pol., Arts. 16, 84 y 333), propiedad (Const. Pol., Art. 58), debido proceso (Const. Pol., Art. 29), legalidad de los trámites (Const. Pol., Arts. 84 y 333; L. 1437/2011, Art. 9.º núm. 5.º) y competencia restrictiva (Const. Pol., Arts. 121, 122 y 123; L. 489/1998, Art. 5.º)— bajo la forma de aprobación de las condiciones de instalación.

Ahora bien, sea cual sea la posición que se adopte en relación con la constitucionalidad de tal forma de poner en vigor una exigencia administrativa, en este caso el permiso especial, lo cierto es que esta primera hipótesis de licenciamiento reconocida en la LIT sería aplicable, cuando menos, en dos eventos.

Por un lado, se presenta la situación en la cual las redes son necesarias para el buen funcionamiento o la seguridad de las vías, situación en la cual estas son apenas un elemento más en la concepción integral del proyecto. A título de ejemplo puede tomarse el caso de los tendidos de distribución de energía que son necesarios para el alumbrado público de las carreteras o para la dotación de servicios públicos a las edificaciones requeridas para el asiento de instalaciones operativas como estaciones de pesaje, centros de control de operaciones, estaciones de peaje, áreas de servicio y atención, y demás facilidades y usos conexos de la vías (L. 1682/2013, Art. 4.º núm. 1.º).

Por otra parte, se encuentra el caso en el cual las redes lineales, si bien no son estrictamente necesarias para la vía, pueden —o deben— ser consideradas en el diseño del proyecto de infraestructura de transporte en la medida en que su asiento, desde la perspectiva de la seguridad y la eficiencia de la vía, es indiferente (L. 1682/2013, Arts. 53 y 54). En este caso lo que prevalece, entonces, es la maximización del suelo como recurso escaso (Const. Pol., Art. 334), al permitir el asiento de muchos aprovechamientos

procomunales en poco espacio con el propósito de generar economías de aglomeración y de disminuir impactos generales (Hernández Betancur, 2012, pp. 271 y ss.).

B. Aprovechamiento de los retiros viales con redes lineales ante la ausencia de proyectos viales

En segundo lugar, la LIT, en concordancia con la LFRV (L. 1228/2008, Arts. 6.º y 10 núm. 4.º; D.R. 1389/2009, Art. 1.º), señala que las zonas de reserva o exclusión para carreteras pueden albergar otros aprovechamientos procomunales, tales como las redes lineales, en aquellos eventos en los cuales estos no hayan sido priorizados en razón de la planificación de la infraestructura del sector administrativo del transporte.

Así las cosas, la compatibilidad entre vías y redes lineales deviene del hecho de que "no exista expansión de infraestructura de transporte prevista en el correspondiente plan de desarrollo" (L. 1682/2013, Art. 55 inciso 1), en el Plan de Ordenamiento Territorial (POT) (L. 1228/2008, Art. 11) y, debe agregarse, publicitación de obras futuras en el Sistema Integral Nacional de Información de Carreteras (SINC), toda vez que allí "se registrarán cada una de las carreteras existentes identificadas por su categoría, ubicación, especificaciones, extensión, puentes, poblaciones que sirven, estado de las mismas, proyectos nuevos, intervenciones futuras y demás información que determine la entidad administradora del sistema" (L. 1228/2008, Art. 10) (se enfatiza), razón por la cual este "será de obligatoria consulta para los curadores urbanos, demás autoridades urbanísticas y de planeación y para las empresas prestadoras de servicios públicos, previa la concesión de permisos de construcción, reformas y mejoras o de dotación de servicios públicos domiciliarios" (L. 1228/2008, Art. 10 Parágrafo 4.º)⁵⁵ (énfasis añadido).

En este orden de ideas, cuando un corredor vial no esté considerado como escenario de un desarrollo futuro según determinados referentes formales de decisión o publicitación, este es propicio para el asiento de redes lineales (L. 142/1994, Art. 57 inciso 2.º). Si otra fuera la interpretación dada a dicho supuesto, la delimitación del dominio que subyace en las fajas de retiro vial carecería de objeto y devendría inconstitucional. Ciertamente, sería jurídicamente inadmisibles la restricción de la propiedad que, tras el expediente del interés general prevalente⁵⁶, subyace en las fajas de retiro vial si, al mismo tiempo, la disposición impidiese injustificadamente los demás aprovechamientos procomunales materialmente posibles en dicho espacio (Const. Pol., Art. 58). Tal hipótesis,

55 Para un estudio más detallado de los efectos de la consulta del SINC por parte de los agentes de redes lineales puede consultarse Hernández Betancur (2011, pp. 152 y ss.).

56 Además de los bienes del Estado, también los bienes de los particulares, de una u otra manera, están esencialmente afectados "a la satisfacción de los intereses públicos, pues el ordenamiento jurídico, cada vez con más frecuencia, insiste en la función social de la propiedad [...]. "[Por ello], sobre determinadas propiedades privadas la incidencia del interés público es tan intensa que al régimen normal de la propiedad privada se yuxtapone un régimen público, que se traduce en limitaciones a la transmisibilidad, o en poderes especiales de la Administración para la vigilancia de su aprovechamiento o disponibilidad" (énfasis añadido) (PARADA, 2000, p. 12).

sin duda, contravendría principios jurídicos fundamentales como igualdad, justicia material, proscripción del abuso del derecho, eficiencia, uso racional de recursos escasos y, por supuesto, ampliación de cobertura, continuidad y calidad de los servicios públicos (Const. Pol., Arts. 2.º, 13, 58, 95 núm. 1.º, 209, 334 y 365).

Asimismo, señala la LIT, la instalación de redes lineales "en el ancho de la franja o retiro" simplemente debe efectuarse, de modo que "en ningún caso" se impida u obstaculice la eventual ampliación o expansión de la infraestructura de transporte.

Con todo y la aparente claridad de los enunciados precedentes, dicha formulación connota, sin embargo, una importante inquietud: ¿cómo puede determinarse que la instalación de una red lineal puede obstaculizar el eventual desarrollo de la infraestructura de transporte cuando, de conformidad con los instrumentos de decisión y publicitación disponibles, no existe proyecto vial alguno en el respectivo corredor?

Tal paradoja parece insalvable, a no ser que se eche mano del mismo Artículo 55 cuando señala que

sin perjuicio de lo previsto en la normatividad [sic] vigente para el otorgamiento de licencias ambientales, licencias de intervención y ocupación del espacio público y demás permisos y autorizaciones por parte de las autoridades correspondientes, *la entidad pública que tenga a cargo la vía dentro de la zona de exclusión de que trata el artículo 2.º de la Ley 1228 de 2008 para otorgar permisos para la construcción de [redes lineales] deberá establecer los requisitos que debe cumplir el interesado en el trámite correspondiente.* (Énfasis añadido)

Desde esta perspectiva, en principio, podría aducirse no solo que la LIT, en este punto preciso, acepta de nuevo la existencia de permisos especiales para la instalación de redes lineales en el supuesto del asiento de activos en los retiros viales, sino que tal licencia se justifica en tanto garantiza la compatibilidad entre redes y carreteras y, en caso de que las futuras circunstancias del desarrollo vial lo impongan, la prevalencia absoluta de la infraestructura de transporte sobre cualquier otro aprovechamiento procomunal en la infraestructura de transporte toda vez que las redes a instalar "en ningún caso" pueden ser obstáculo para las carreteras futuras.

No obstante, tal interpretación no es para nada plausible. En efecto, si bien los permisos especiales parecerían ser una buena solución para la paradoja que supone establecer si la instalación de redes puede obstaculizar o no la ejecución de proyectos viales inexistentes, en tanto confieren a las autoridades un amplio margen de decisión a efectos de salvar por la vía de la suposición lo que no ha sido esclarecido por planificación, lo cierto es que tal alternativa, además de aproximarse peligrosamente a la arbitrariedad, es inadmisibles en el contexto de la propia LIT.

Ciertamente, según el Artículo 46 de la normativa en estudio, las reglas atinentes a la interacción entre redes lineales y vías únicamente aluden al otorgamiento de permisos especiales cuando la instalación de aquellas se realiza "de manera coordinada con los trazados y proyecciones de los proyectos de infraestructura de transporte". Así las cosas,

en ausencia de trazados y proyecciones, no existiría supuesto de hecho alguno para el ejercicio de potestades decisorias por parte de las autoridades del transporte.

En este orden de ideas, fuese cual fuese la autoridad que tiene a su cargo "la vía dentro de la zona de exclusión", esta solo tendría el deber-poder de establecer los requisitos que debe cumplir el interesado en el trámite del permiso especial en el caso de la aprobación de los requisitos de instalación referidos en el acápite anterior.

En resumen, las autoridades del sector administrativo del transporte carecen de competencia legal para condicionar el asiento de aprovechamientos procomunales en los retiros viales que no han sido priorizados para la expansión de la red vial nacional. Lo anterior deviene no solo de la falta de trazados y proyecciones de infraestructura de transporte sino, principalmente, del hecho de que su atribución para determinar los requisitos para acceder a los permisos especiales deben ejercerse sin demérito de las competencias de licenciamiento ambiental y urbanístico, únicas procedentes en este evento.

1.2.2. Disminución de costos de la ejecución vial

Según se vio en los apartados precedentes, la LIT dispone que, bajo determinados supuestos, la infraestructura de transporte y las redes lineales son compatibles. Ahora bien, dicha compatibilidad depende, en buena medida, de la correcta planificación de tales intervenciones, la definición de la prioridad de uso —establecida casi invariablemente en favor de las vías— y de instrumentos de coordinación, información y decisión para garantizar que los distintos aprovechamientos no se obstaculicen entre sí. En estos términos, entonces, los permisos para el asiento de redes son un instrumento de decisión que la LIT reconoce en virtud de su utilidad para defender la prevalencia del interés viario bajo la forma de prioridad de la infraestructura de transporte en el acceso al suelo necesario para su expansión.

No obstante, cabe en este punto preguntar lo siguiente: ante la sobreabundancia de instrumentos de planificación, información y coordinación para garantizar el uso racional del suelo y, de contera, evitar la ineficiente sobreposición de aprovechamientos procomunales en un mismo espacio, ¿es todavía necesario insistir en la existencia de permisos especiales para condicionar el asiento de redes lineales? Al entender de los redactores de la normativa en estudio, la respuesta a este interrogante es afirmativa.

En efecto, la realidad que precedió a la disposición demostró la inutilidad de los mecanismos normativos antes ideados para la asignación de usos del suelo, sea por carencia de implementación —el tardío y deficiente desarrollo del SINC es el mejor ejemplo—, sea por precariedad en el control de su aplicación —tal como aconteció con algunas autoridades urbanísticas que, contra expresa prohibición en la LFRV, siguieron concediendo licencias de construcción en los retiros viales—.

De tal suerte, toda medida adicional para garantizar la prevalencia del interés viario era admisible; como si el legislador, fiel a su bicentenaria *tradición santanderista*, reconociera la completa ineptitud del aparato administrativo para lograr la eficacia de los instrumentos normativos vigentes, pero sin renunciar a la convicción, tan necia como firme, de que una nueva disposición es siempre la solución de todos los problemas.

Pero, ¿a qué obedeció tal nivel de insistencia en el refuerzo formal del carácter prevalente de las vías sobre cualquier otro aprovechamiento procomunal? La respuesta es simple: debían tomarse todas las medidas conducentes a "superar los obstáculos que afectan la agilidad y viabilidad real del desarrollo de este tipo de proyectos"⁵⁷.

Por tanto, la presencia de redes lineales, por ejemplo, como representación de un contratiempo para el desarrollo de la infraestructura de transporte, debía ser satisfactoriamente conjurada. En cualquier caso, la preocupación del sector administrativo del transporte no era la red en sí, sino los derechos que sobre ella pudiesen constituirse; esto es, más allá del problema de la superposición y el retraso que su remoción podía generar al proyecto vial, lo más relevante en términos de costos era la definición y la garantía de los derechos del titular de las redes lineales. Este costo, casi nunca considerado en la estructuración del proyecto y, por ende, sobrevenido como imprevisto en la etapa de ejecución, justificaba cualquier medida útil a efectos de conjurarlo. Los permisos especiales de asiento de redes lineales, entonces, fueron asumidos por la LIT como un instrumento idóneo, además, para abaratar el desarrollo vial del país.

Tal aseveración puede ser comprobada tras la lectura del Artículo 50 de la normativa glosada, el cual deja en claro que el permiso relevante en el procedimiento que sobreviene como consecuencia de la interferencia de infraestructuras (L. 1682/2013, Arts. 46 y ss.), en tanto crucial para la "asignación de los costos de protección, traslado o reubicación de activos y redes", es aquel en cuya virtud se autoriza la instalación de redes lineales a condición de que "el prestador y/u [sic] operador [asuma] los costos asociados a la protección, traslado o reubicación" cuando la expansión de la infraestructura de transporte sea incompatible con la situación de sus activos en un momento determinado.

Así las cosas, el permiso especial para el asiento de redes lineales, aunque inicialmente concebido como instrumento de prospección ordenado a la compatibilidad de aprovechamientos, en el fondo busca la disminución de interferencias potenciales entre estas y las obras o mejoras proyectadas de infraestructura de transporte; lo anterior con el propósito de que las ejecutorias viales sobrevinientes afronten la menor cantidad posible de contratiempos y, por esta vía, se disminuyan los costos inherentes a esta actividad.

En este orden de ideas, los permisos especiales reconocidos en la LIT se orientan a reducir los costos de ejecución de los proyectos de infraestructura de transporte en aquellos casos en los cuales sea inevitable su interferencia con redes lineales. En este caso, entonces, la función del permiso sería prever los costos asociados a la solución de la referida tensión. Al efecto, el permiso condiciona la instalación de redes en los corredores aledaños a las vías, si es que su localización en otro lugar resulta imposible, a la asunción por parte de su titular de un compromiso esencial: correr por su cuenta y riesgo con el eventual traslado o reubicación de redes como resultado del desarrollo de una obra vial en dicho corredor. De tal suerte, el interesado en asentar redes lineales en áreas aledañas a las vías y que, por tanto, pueden resultar de interés para futuros desarro-

57 "A sanción presidencial, proyecto de ley de infraestructura de transporte" (25 de noviembre-8 de diciembre de 2013). *Ámbito Jurídico*, año XVI(383).

llos viales (L. 1228/2008, Arts. 1.º y ss.; L. 1682/2013, Art. 55), al solicitar el permiso en mención, asume el riesgo de correr con todos los costos que resultarían de un eventual traslado o reubicación de sus activos.

2. Caracterización de los permisos especiales para el asiento de redes lineales

De conformidad con lo analizado en el acápite anterior, es posible sustraer una serie de conclusiones en relación con el marco jurídico que, en el contexto de la LIT, define los permisos especiales para el asiento de redes lineales en las zonas de interés para el desarrollo de acciones viales. De tales inferencias destacan el hecho de que (2.1) la LIT, antes que configurar tales permisos, simplemente acepta su existencia; de tal suerte, (2.2) la fuente formal de los permisos especiales para el asiento de redes lineales debe ser hallada en la normativa rectora de la interacción entre infraestructura de transporte y redes lineales que antecedió a la propia LIT. En fin, solo tras encontrar la mencionada fuente formal de los permisos especiales (2.3) será posible establecer, con algún grado de certidumbre, cuáles son los elementos esenciales que definen la habilitación administrativa en estudio.

2.1. Aceptación de los permisos especiales para el asiento de redes lineales

Sea lo primero reiterar que la LIT, en cuanto tal, no se ocupó de manera expresa de la creación del permiso especial para el asiento de redes lineales o del establecimiento de todos sus elementos esenciales, ni mucho menos del otorgamiento a una autoridad específica de la competencia necesaria para su configuración o, cuando menos, de la atribución requerida para su tramitación concreta. No obstante, según se desprende de los artículos 46, 47, 48, 50 y 55 de la LIT, parece claro que el levantamiento de redes lineales, implícita o explícitamente, está condicionado a la obtención por parte de los agentes interesados de permisos especiales que legitimen su asiento en las zonas de reserva para carreteras. Así pues, la única alternativa plausible ante la existencia de tal imperativo es entender que la LIT, simplemente, aceptó la existencia de los permisos especiales y, de cierta forma, enunció —¿reiteró?— algunos de sus elementos esenciales.

Entre las características fundamentales de esta figura, la normativa en estudio resalta que los permisos para el asiento de redes lineales, sea cual sea su asidero normativo, tienen que ser *especiales*. Lo dicho significa que el objeto de los permisos analizados no es —ni puede ser—, por decirlo así, ambiental o urbanístico, en tanto se ordenan explícitamente a enmarcar el asiento de redes lineales en interacción con acciones viales determinadas (L. 1682/2013, Art. 48).

Ahora bien, el aludido objeto especial del permiso en mención se circunscribe, en términos generales, a la garantía de prevalencia de la infraestructura de transporte sobre cualquier otro aprovechamiento procomunal en caso de conflicto por el uso del suelo. Este propósito general, a su vez, es instrumentado por dos caminos: la prevalencia *ex ante* y la prevalencia *ex post*.

En el primer caso, la LIT resalta que, a efectos de lograr un uso óptimo del suelo, en la estructuración de los proyectos de infraestructura de transporte deberá propenderse por la compatibilidad de tales desarrollos con el asiento de redes lineales. Para esto, la entidad encargada de la proyección de las acciones viales aprobará las condiciones de instalación de las redes. De lo dicho se colige que el asiento de redes es hasta cierto punto residual, en tanto la instalación de nuevas redes solo es permisible si se hace de manera coordinada con los proyectos de infraestructura de transporte, prevalentes por voluntad legal.

En el segundo evento, vale decir, en lo que toca a la prevalecía *ex post*, la LIT asume que el desarrollo de nuevas acciones viales puede verse diferido por la presencia efectiva de redes lineales en los terrenos a intervenir. En este caso, entonces, la interferencia entre redes existentes y nuevos trazados viales debe desatarse a favor de estos últimos; dicha solución es posible, entre otras cosas, porque, en su momento, el asiento de redes lineales solo pudo llevarse a cabo en aquellos eventos en los cuales su titular hubiese tramitado los permisos especiales vigentes en ese momento y en los cuales —ya se verá— se comprometió a correr con todos los costos derivados de dicha interferencia en favor del desarrollo vial.

En cualquier caso, es de reiterar que la normativa en estudio no admitió la existencia de permisos especiales en aquellos eventos en los cuales no hay obras viales proyectadas en los retiros viales, en tanto, según establece el inciso 2.º del Artículo 46 de la LIT, las disposiciones rectoras de la coexistencia de infraestructura de transporte y redes lineales contenidas en el Capítulo III de su Título IV serán aplicables, entre otros supuestos, "para el otorgamiento de permisos de instalación de nuevas redes *de manera coordinada con los trazados y proyecciones de los proyectos de infraestructura de transporte*" (énfasis añadido). De lo anterior resulta que la prevalencia de las acciones viales no es —ni puede ser— absoluta; en este caso, simplemente, basta con avenirse a la normativa ambiental y urbanística pertinente.

Sean cuales sean las conclusiones que se extraigan del licenciamiento especial en el marco de la LIT, son ciertamente inquietantes las razones que motivaron al legislador para aceptar el permiso, pero sin preocuparse mucho por su plena configuración. Sin embargo, según parece desprenderse de la primera lectura de las disposiciones referidas, la LIT no omitió la total configuración de los permisos especiales por simple ligereza legislativa o por ausencia de rigor en la construcción de la normativa.

Tales anomalías, según se desprende del contexto de la LIT, son apenas putativas. De hecho, el silencio de los redactores de la disposición en el MIT y del propio legislador sobre este particular fue deliberado, simple sustracción de materia, en el entendido de que los aludidos permisos y el consiguiente marco competencial para su tramitación ya hacían parte innegable del ordenamiento jurídico colombiano.

Por tal razón, la plenitud sustancial de dichos permisos no dependía —*y no depende!*— de su incorporación en el marco de la LIT; bastaba con reconocer su vigencia para que el régimen de habilitación especial para el asiento de redes lineales en la infraestructura de transporte continuara su ordinario decurso, casi como si la profundización en el detalle de tales instrumentos fuese superflua.

2.2. Fuente formal de los permisos especiales

Como puede intuirse, un paso importante para comprender el alcance del régimen jurídico de los permisos especiales consiste en la determinación de su fuente formal, en tanto esta, según se dijo, preexiste a la LIT. Con tal objeto, se indagará en aquellos referentes normativos que (2.2.1) directa o (2.2.2) indirectamente puedan dar cuenta del origen del permiso.

2.2.1. Fuente legal directa

El rastreo de la fuente formal del permiso para el asiento de redes en las zonas de reserva o exclusión para carreteras debe comenzar por las leyes rectoras de la red vial nacional y de las redes lineales. No otra puede ser la conclusión en un ordenamiento jurídico como el colombiano, dado que la Constitución Política de 1991 estableció con toda claridad que la creación de habilitaciones para viabilizar el ejercicio de derechos o la ejecución de actividades lícitas, aun cuando su desenvolvimiento propenda por la concreción de determinada manifestación del interés general, está reservada a la ley (Const. Pol., Arts. 25, 58, 84 y 333). En resumen, dada la reserva constitucional de ley en la configuración de permisos, licencias y autorizaciones, cualquier regla de juego que pretenda disciplinar, en cualquier sentido, la coexistencia de vías y redes lineales debe ser dispuesta en la ley en sentido material.

De las leyes rectoras de las materias enunciadas, sin embargo, no parece posible colegir, al menos a primera vista, un sustento fiable para aseverar que el ordenamiento jurídico que precedió a la LIT ya hubiese concebido y dado contornos definidos a los permisos especiales para el asiento de redes lineales en las carreteras y sus áreas de exclusión.

En efecto, si bien el marco legal más próximo a las actividades en estudio establece algunas reglas especiales para habilitar el asiento de redes lineales, asignar los usos más eficientes del suelo y, de hecho, encuadrar la coexistencia de vías y otros aprovechamientos procomunales, ninguno de ellos parece revestir las características que la LIT reconoce en los permisos especiales bajo examen.

Así por ejemplo, las leyes específicamente dedicadas a definir reglas de juego para la administración de la red vial nacional, tales como el Decreto-Ley 2770 de 1953 o la Ley 105 de 1993, poco a nada dicen en relación con la creación y los requisitos de trámites especiales para habilitar el asiento de redes lineales en dichos espacios. A lo sumo, disposiciones como la LFRV, establecen algunas obligaciones, sean estas con prestación de hacer o no de no hacer, a cargo de las empresas de servicios públicos; así pues, se señala el deber de planificar su expansión en concordancia con los proyectos viales publicitados en el SINC (L. 1228/2008, Art. 10 parágrafo 4.º) o, *a contrario*, se les prohíbe la dotación de servicios públicos "a los inmuebles que se construyan a partir de la entrada en vigencia de [la] ley en las áreas de exclusión" (L. 1228/2008, Art. 7.º).

Las disposiciones rectoras de las redes lineales, quizá, van un poco más lejos en lo que a configuración de licencias, permisos o autorizaciones se refiere. De ellas, sin duda,

pueden sustraerse los elementos fundamentales de un régimen de habilitación especial para el asiento de redes lineales y otros activos semejantes; no obstante, tales reglas no obedecen, en principio, a las finalidades atribuidas por la LIT a los permisos especiales, vale decir, la prevalencia vial sobre otros aprovechamientos procomunales del espacio y el abaratamiento de la ejecución de las obras de infraestructura de transporte.

En el ramo de los servicios públicos domiciliarios y sus actividades complementarias, por ejemplo, las leyes 56 de 1981 y 142 de 1994 declaran de utilidad pública e interés social la ejecución de obras para su prestación (L. 56/1981, Arts. 9.º a 11 y 16; L. 142/1994, Arts. 26, 56 y 57); por su parte, la Ley 143 de 1994 hace lo propio en relación con el sector eléctrico (L. 143/1994, Arts. 5.º). Así las cosas, dada la relevancia constitucional de este tipo de actividades (Const. Pol., Arts. 334, 365 y ss.), el levantamiento de las redes lineales necesarias, según el Artículo 57 de la Ley 142 de 1994, legitima la afectación tanto de bienes privados como públicos siempre que, en el primer caso, se repare al titular del predio el daño especial ocasionado y, en el segundo, se tramiten los permisos necesarios ante la autoridad pública correspondiente.

En el evento particular de la interacción entre redes lineales y vías, la Ley 142 de 1994 señala que

las líneas de transmisión y distribución de energía eléctrica y gas combustible, conducciones de acueducto, alcantarillado y redes telefónicas, podrán atravesar [...] líneas férreas, puentes, calles, caminos y cruzar [...] otras líneas o conducciones. La empresa interesada, solicitará el permiso a la entidad pública correspondiente; si no hubiere ley expresa que indique quien debe otorgarlo, lo hará el municipio en el que se encuentra el obstáculo que se pretende atravesar. (Énfasis añadido)

De lo dicho es posible colegir dos conclusiones sobre la interacción de redes lineales de servicios públicos e infraestructura de transporte. La primera es que las redes pueden asentarse sobre la infraestructura de transporte siempre que el interesado tramite los permisos necesarios ante la autoridad pública respectiva; la segunda es que, ante la ausencia de mención legal expresa (Const. Pol., Art. 121) de la "autoridad pública correspondiente", la competencia licenciadora recaerá en el municipio; regla esta que es ratificada por la Ley 143 de 1994 al disponer que los agentes del sector eléctrico que deseen poner en funcionamiento sus proyectos "deberán obtener de las autoridades competentes los permisos respectivos en materia ambiental, sanitaria, uso de aguas y *los de orden municipal que sean exigibles*" (L. 143/1994, Art. 7.º inciso 2.º) (énfasis añadido).

En resumen, los agentes del sector de los servicios públicos, a efectos de levantar redes lineales, están sometidos al régimen de licenciamiento que defina la ley. A su vez, este régimen, en términos generales, además de las licencias ambientales respectivas, se reconduce a la tramitación de los permisos municipales relativos a "la planeación urbana, la circulación y el tránsito, el uso del espacio público, y la seguridad y tranquilidad ciudadanas" (L. 142/1994, Art. 26 inciso 1.º), teniendo presente, en cualquier caso, que "los municipios deben permitir la instalación permanente de redes destinadas a las actividades de empresas de servicios públicos, o a la provisión de los mismos bienes y servicios que

estas proporcionan, *en la parte subterráneo de las vías, puentes, ejidos, andenes y otros bienes de uso público*" (L. 142/1994, Art. 26 inciso 2.º) (énfasis añadido).

En el sector de las tecnologías de la información y las comunicaciones, por su parte, la Ley 1341 de 2009 establece que estas "deben servir al interés general". De tal suerte, "es deber del Estado promover su acceso eficiente y en igualdad de oportunidades, a todos los habitantes del territorio nacional" (L. 1341/2009, Art. 2.º). En desarrollo de tales mandatos, el "uso eficiente de la infraestructura y de los recursos escasos" (L. 1341/2009, Arts. 2.º núm. 2, 3.º y 4.º núm. 6) es erigido como uno de los principios rectores de esta normativa, de suerte que se demande del Estado (L. 1341/2009, Art. 5.º) el fomento del "despliegue y uso eficiente de la infraestructura para la provisión de redes de telecomunicaciones y los servicios que sobre ellas se puedan prestar [y la promoción del] óptimo aprovechamiento de los recursos escasos con el ánimo de generar competencia, calidad y eficiencia, en beneficio de los usuarios".

Como instrumento para el cumplimiento de la mencionada disposición, la Ley 1341 de 2009 impone a las entidades del orden nacional y territorial el deber de "adoptar todas las medidas que sean necesarias para facilitar y garantizar el desarrollo de la infraestructura requerida, estableciendo las garantías y medidas necesarias que contribuyan en la prevención, cuidado y conservación para que no se deteriore el patrimonio público y el interés general" (L. 1341/2009, Art. 2.º núm. 2.º).

En este orden de ideas, normas como el Plan Nacional de Desarrollo (PND) 2010-2014, contenido en la Ley 1450 de 2011, prohíben a las entidades públicas, en general, el establecimiento de barreras, prohibiciones y restricciones que impidan la accesibilidad a este tipo de servicios (L. 1450/2011, Art. 55). De tal suerte el régimen de habilitación que establezca la ley para el asiento de redes de TIC, además de la protección de derechos colectivos como el ambiente sano y el espacio público no puede, de manera alguna, ser talanquera para el despliegue de dicha infraestructura.

Ahora, en lo que dice en relación con la interacción entre redes lineales de TIC y la infraestructura de transporte, la Ley 1341 de 2009 no define ninguna regla particular. No obstante, la Ley 1450 de 2011 señala con toda claridad que los elementos de la red vial nacional son escenario propicio para el asiento de redes de TIC. Al efecto, el inciso 1.º del Artículo 53 del PND dispone que

las entidades públicas nacionales, formuladoras de proyectos de infraestructura pública de transporte terrestre financiados o cofinanciados con recursos de la Nación y/o concesionados, deberán coordinar con el Ministerio de TIC la pertinencia de incorporar como parte de sus proyectos la infraestructura para el despliegue de redes públicas de TIC o de elementos que soporten el despliegue de dichas redes, de acuerdo con las necesidades de telecomunicaciones que establezca el Ministerio de TIC.

A su vez, el Decreto-Ley 1056 de 1953, por el cual se expide el Código de Petróleos, señala que la industria del petróleo, en su ramo de transporte, es de utilidad pública (D.L. 1056/1953, Arts. 4.º, 9.º y 96). Al efecto, se establece un régimen especial de servidum-

bres y se afectan los predios y espacios necesarios para la expansión de los oleoductos (D.L. 1056/1953, Arts. 194 y 197; L. 1274/2009, Arts. 2.º y ss.), cuya ruta general "será la que prácticamente resulte más conveniente de acuerdo con la técnica" (D.L. 1056/1953, Art. 54 inciso 1.º).

Pues bien, la ejecución de las redes lineales para el transporte de hidrocarburos, además del cumplimiento de los requisitos ambientales y urbanísticos pertinentes, está condicionada a la aprobación por parte del Gobierno Nacional, previo agotamiento de un procedimiento administrativo especial (D.L. 1056/1953, Arts. 189 a 193), de los estudios preliminares presentados por el constructor que den cuenta de los puntos inicial y final del oleoducto, la ruta probable de este y los productos específicos a transportar (D.L. 1056/1953, Arts. 54 y 189).

Como puede verse, en el régimen de habilitación del asiento de redes lineales de la industria del petróleo la variable vial no parece muy relevante, en tanto lo que toma en cuenta el Gobierno al momento de aprobar la obra es su conveniencia técnica y económica, además de algunas consideraciones discrecionales de orden público o de seguridad (D.L. 1056/1953, Art. 54).

2.2.2. Fuente legal indirecta. Desarrollo reglamentario de los permisos especiales

De todo lo señalado en el apartado anterior es posible colegir que, al menos de forma directa, no existe habilitación legal alguna que cumpla las finalidades perseguidas por el permiso especial para el asiento de redes lineales que la LIT, a secas, acepta.

¿Dónde se encuentra entonces el sustento formal de este requisito administrativo? La pista fundamental para encontrar tal referente normativo está un escalón más abajo en la estructura normativa. Ciertamente, no es la ley en sentido material la que da forma a esta habilitación, sino un acto administrativo de contenido general.

Aunque suena algo heterodoxo en el sistema vernáculo de fuentes formales del derecho público, los permisos para la ocupación temporal con redes lineales de la infraestructura vial nacional de carreteras concesionadas fueron creados por una resolución administrativa del INCO⁵⁸, la cual no solo configuró tal requisito jurídico sino que definió integralmente

58 Recientemente, la Resolución 063 de 2003 del INCO que estableció los permisos para la ocupación con redes lineales de la infraestructura de transporte fue subrogada por la Resolución 716 de 2015 de la ANI, "por la cual se fija el procedimiento para el otorgamiento de los permisos para el uso, ocupación y la intervención temporal de la Infraestructura Vial Carretera Concesionada y Férrea que se encuentre a cargo de la entidad". Este último acto administrativo, que en principio regula el mismo supuesto que reguló la Resolución 063 de 2003 no será objeto de estudio en este texto, pues el objetivo del apartado relativo a las licencias de ocupación temporal no es describir los requisitos vigentes para la instalación de redes lineales en la infraestructura de transporte, sino analizar la forma en que la LIT, a efectos de preservar el rango superior del interés viario, optó por aceptar la existencia de los permisos administrativos que de tiempo atrás venían procurando la prevalencia a toda costa de la infraestructura de transporte, casi como si, en la práctica, la resolución del INCO hubiese fungido como fuente material de la ley. Por tanto, lo que interesa en este texto es estudiar el ordenamiento que inspiró la inclusión de tales permisos en la LIT, sus particulares efectos y las delimitaciones que se impusieron a las redes lineales hasta la expedición de la reciente resolución de la

el procedimiento para su otorgamiento (INCO. Res. 063/2003), vale decir, determinó, de manera casi autorreferencial, los elementos esenciales del permiso especial, su alcance y los supuestos fácticos en los cuales debería cumplirse dicha carga, el trámite a agotar desde la presentación de la solicitud hasta su aprobación (INCO. Res. 063/2003, Art. 1.º), los deberes a cargo del solicitante (INCO. Res. 063/2003, Art. 2.º) y, finalmente, las garantías que el peticionario tendría que constituir a favor de la autoridad concedente (INCO. Res. 063/2003, Art. 3.º).

Como puede percibirse en la práctica del sector administrativo del transporte, la mencionada resolución, pese a las críticas de que puede ser objeto por la aparente carencia de base legal, es ampliamente aceptada y aplicada. Según la percepción mayoritaria, el mencionado acto administrativo no encierra anomalía jurídica alguna en la medida en que, antes que constitutiva de un permiso, es un desarrollo legítimo —y casi necesario— de precisas competencias legales. En este orden de ideas, el sustento legal, necesario para hablar válidamente de la creación de permisos y autorizaciones (Const. Pol., Arts. 84 y 333), está cubierto en este caso, aunque sea de forma mediata.

En efecto, de conformidad con el Decreto-Ley 1800 de 2003, disposición rectora del INCO, a este establecimiento público correspondía “planear, estructurar, contratar, ejecutar y administrar los negocios de infraestructura de transporte que se desarrollen con participación del capital privado y en especial las concesiones, en los modos carretero, fluvial, marítimo, férreo y portuario” (D.L. 1800/2003, Art. 2.º). En efecto, en el marco del Programa de Renovación de la Administración Pública, concebido a instancias de la Ley 790 de 2002 (Art. 1.º), se confirió al INCO el ejercicio unificado de todas las gestiones relativas a la estructuración, planeación, contratación, ejecución y administración de los contratos de concesión de infraestructura de transporte, es decir, esta entidad concentró las competencias atinentes al manejo de la infraestructura vial concesionada a cargo de la Nación o de sus entidades descentralizadas⁵⁹. En resumen, al INCO se le confió la administración contractual de “la infraestructura de transporte concesionada incluyendo los servicios o actividades conexas relacionadas con ella” (INCO. Res. 063/2003. Considerando número 5).

En este orden de ideas, de entre los instrumentos ideados para el cumplimiento de este fin esencial, la normativa en mención habilitaba al INCO para “ejercer las potestades y realizar las acciones y actividades necesarias para garantizar la oportuna e idónea ejecución de los contratos a su cargo y para proteger el interés público” (D.L. 1800/2003,

ANI, momento en el cual se abren las puertas de un nuevo debate que, aunque puede echar mano muchos de los argumentos expuestos en estas líneas, no hace parte del objeto preciso de esta investigación.

59 Al efecto, el Decreto-Ley 1800 de 2003 dispuso que la infraestructura de transporte a cargo de la Nación y sus entidades descentralizadas, en especial el Instituto Nacional de Vías (INVÍAS) sería transferida mediante acto administrativo al INCO (Arts. 3.º núm. 3.17, 15 y 16). De igual forma se señaló que las concesiones, contratos y convenios de carácter misional a cargo del MIT, la Empresa Colombiana de Vías Férreas (Ferroviarias) y el Instituto Nacional de Vías (INVÍAS) serían cedidos al INCO a título gratuito (Art. 18) y que los contratos de concesión que estuvieren en ejecución y que en el futuro no fueren objeto de prórroga le serían revertidos a este último establecimiento (Art. 17).

Art. 3.º núm. 3.18). Al efecto, este establecimiento público contaba con el deber-poder de elaborar y expedir los actos administrativos requeridos para la eficiente ejecución de los proyectos (D.L. 1800/2003, Arts. 8.º núm. 8.1 y 8.4, y 11 núm. 11.9).

Así pues, como resultado de la conjunción del propósito misional del INCO, esto es, la administración contractual de la infraestructura vial nacional de carreteras concesionadas, y los instrumentos de poder público de los cuales fue dotada la entidad, es decir, la potestad de expedir los actos administrativos indispensables para el cumplimiento de su objeto, dicho establecimiento público tenía, más que una simple atribución, el verdadero deber jurídico de "establecer [el] procedimiento para el trámite y otorgamiento de permisos para la ocupación temporal mediante la construcción de [redes lineales] en la infraestructura vial nacional de carreteras concesionadas" (INCO. Res. 063/2003. Considerando número 8).

Ahora bien, a pesar de que el Decreto-Ley 1800 de 2003 fue tácitamente derogado por el Decreto-Ley 4165 de 2011 (Art. 29), lo cierto es que los actos administrativos del INCO, entre ellos la aludida Resolución 063 de 2003, siguen prevalidos de vigencia (L. 1437/2011, Arts. 88, 89 y 91). Ello resulta, entre otras razones, del hecho de que las funciones, deberes y poderes que sustentaron tales decisiones no desaparecieron del ordenamiento jurídico sino que, simplemente, continuaron siendo ejercidos (D.L. 4165/2011, Art. 28), no sin algunas variaciones en su formulación, por la ANI (D.L. 4165/2011, Arts. 1.º, 3.º, y 4.º). Dicho de otra manera, las consideraciones precedentes, alusivas al marco competencial para la configuración del permiso temporal y su otorgamiento en los casos particulares siguen hoy tan vigentes como hace una década, en la medida en que el INCO, por virtud del Decreto-Ley 4165 de 2011, y por extraño que parezca, todavía ejerce las funciones de administración contractual de la infraestructura vial nacional de carreteras concesionadas (D.L. 4165/2011, Arts. 1.º, 3.º y 4.º), aunque ahora bajo la denominación de ANI, con una naturaleza jurídica, unas funciones y una estructura orgánica renovadas⁶⁰.

De hecho, la ANI, de manera semejante al INCO, tiene 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" (D.L. 4165/2011, Art. 3.º). Asimismo, y con el propósito de lograr sus cometidos misionales, la ANI está facultada para "ejercer las potestades y realizar las acciones y actividades necesarias para garanti-

60 Una de las características más singulares del Decreto-Ley 4165 de 2011 es que este no tiene el propósito de enervar la existencia jurídica del INCO para poner en su lugar a la ANI. Al contrario, en virtud de esta normativa, el INCO continúa existiendo, solo que su naturaleza, fines y denominación cambian. Tal conclusión se desprende del Artículo 1.º de la mencionada normativa, el cual dispone lo que sigue: "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" (D.L. 4165/2011, Arts. 1.º, 3.º, 4.º, 7.º y ss.).

zar la oportuna e idónea ejecución de los contratos a su cargo y para proteger el interés público, de conformidad con la ley" (D.L. 4165/2011, Art. 4.º numeral 15); al efecto, el presidente de la entidad (D.L. 4165/2011, Arts. 7.º y 10) está facultado para expedir los actos administrativos "necesarios para el cumplimiento del objeto y funciones de la Agencia" (D.L. 4165/2011, Art. 11 núm. 9).

De lo dicho se concluye que, más allá de los reparos de constitucionalidad que caben a la lectura expuesta por vulneración del principio de competencia restrictiva, lo cierto es que también en la ANI se conjugan el propósito misional y las potestades de poder público que, en su momento, fueron invocadas por INCO para la configuración del permiso especial para la instalación de redes lineales en la infraestructura vial nacional de carreteras concesionadas y su tramitación, así como su otorgamiento en los casos particulares⁶¹.

2.3. Caracterización de los permisos especiales

Tras el rastreo y análisis formal realizado en el apartado anterior puede concluirse que el permiso especial reconocido por la LIT tiene su asiento en un acto administrativo general, la Resolución 063 de 2003 del INCO, que se entiende tácitamente legitimado por las normas que atribuyen competencias a las autoridades que administran la red vial nacional de carreteras concesionadas.

En términos generales, la Resolución 063 de 2003 del INCO, en tanto acto constitutivo de la habilitación estudiada, concibió de forma integral los elementos sustanciales y procedimentales necesarios para dar forma y procurar la operatividad del permiso especial. De lo anterior resulta que la comprensión de dicha figura administrativa está mediada por la descripción de sus elementos y características fundamentales en la aludida fuente formal. De entre tales elementos, por cierto, se destacan (2.3.1) su naturaleza petitoria; (2.3.2) su vocación instrumental en orden a procurar el adecuado funcionamiento de la infraestructura de transporte durante la ejecución de las obras relativas a las redes lineales y, finalmente, (2.3.3) las medidas que adopta en procura de la prevalencia *ex post* de la infraestructura de transporte sobre las redes lineales.

2.3.1. Los permisos especiales como derecho de petición

De conformidad con lo establecido por la Ley 1437 de 2011 y, en su momento, por el Decreto-Ley 01 de 1984, las actuaciones administrativas pueden iniciarse, entre otros mecanismos, a partir del ejercicio del derecho de petición en interés particular (L. 1437/2011, Art. 4.º núm. 2.º; D.L. 01/1984, Art. 4.º núm. 2.º). Efectivamente, por medio de la petición toda persona puede solicitar a las autoridades, entre otros objetos, el reconocimiento de un derecho de cualquier índole. Así las cosas, una vez formulada

61 De hecho, los considerandos de la Resolución 716 de 2015 de la ANI, que establece el nuevo procedimiento para la solicitud del permiso en estudio, apelan, en parte, a los argumentos aquí expuestos.

la petición, la autoridad competente está en la obligación constitucional de ofrecer al peticionario una respuesta oportuna en relación con lo solicitado (Const. Pol., Art. 23).

Para arribar a tal respuesta, la autoridad a quien se dirige la petición —siempre que sea competente para absolverla— tiene el deber jurídico de adelantar las actuaciones necesarias para resolver sustantivamente aquello que se ha solicitado. Por tal razón, la emisión de la resolución definitiva ha de estar precedida por un trámite claro y participativo que garantice al peticionario no solo el conocimiento de las condiciones y requisitos que debe satisfacer para obtener una respuesta de fondo, sino además la oportunidad de solicitar las aclaraciones necesarias para continuar con la actuación, enmendar los errores de trámite en que incurra, cuestionar las decisiones impulsorias o de mero trámite y contradecir la respuesta final antes de su firmeza (Const. Pol., Arts. 29 y 209). Es justo por esta razón que la petición puede ser calificada como un derecho fundamental con una dimensión procedimental propia⁶².

Dicho lo anterior, es fácil colegir que los permisos, licencias y autorizaciones, en términos generales, no son más que actos administrativos que resultan de actuaciones impulsadas por medio de la proposición de peticiones a la administración pública. En este caso, entonces, las mencionadas peticiones tienen por objeto la obtención de una habilitación concreta que permita a un sujeto determinado el desarrollo de una actividad que, por su relevancia o sus efectos potenciales, no puede ser llevada a cabo como manifestación directa y autónoma de la libertad, sino que, por el contrario, precisa de cargas adicionales de planificación, precaución, internalización, información y, en todo caso, del constante acompañamiento e intervención del aparato público con el propósito de garantizar que la materialización de la actividad se efectúe en los precisos términos de la permisión concedida.

Así pues, aun cuando la Constitución reconoce la libertad como condición fundamental del comportamiento de los diversos sujetos y, por ende, como presupuesto de la actividad económica (Const. Pol., Art. 16), también señala, como simple condición de orden social y garantía de prevalencia del interés general, que la ley puede establecer condiciones que cualifiquen el ejercicio de dicha libertad en determinadas situaciones (Const. Pol., Arts. 1.º, 25, 84 y 333). Las licencias, permisos y autorizaciones, por tanto, no son nada distinto a instrumentos jurídicos que, por virtud legal, cualifican el ejercicio de la libertad general en relación con actividades particulares a partir de la solicitud elevada a las autoridades competentes por un sujeto interesado en su desarrollo quien, por tal motivo, debe satisfacer no solo las cargas señaladas de antemano en el ordena-

62 En opinión de Santofimio Gamboa (2003), la producción de actos decisorios está precedida de *razones procesales*. Por tal razón, "el ordenamiento jurídico colombiano, en procura de garantizar una máxima protección ciudadana en esta materia, establece [...] las diferentes puertas de entrada al mundo de las actuaciones administrativas.

"La característica fundamental del sistema de iniciación del procedimiento administrativo es la del abandono del carácter exclusivo de iniciación a la simple voluntad estatal, y el reconocimiento a las personas interesadas de acceso inmediato a las autoridades a través del llamado derecho de petición: mecanismo de origen constitucional y con naturaleza de derecho fundamental" (p. 194).

miento jurídico para pedir su habilitación —procedimiento de licenciamiento—, sino, sobre todo, las exigencias y gravámenes que conlleve el sobreviniente ejercicio de la actividad habilitada —pago de tasas, erogación de compensaciones, planes de manejo, medidas de mitigación, internalización de efectos, cargas informativas, cumplimiento de pre-compromisos, renuncia a ciertos derechos, etc.—.

De cierto modo, las premisas enunciadas permiten una razonable aproximación a la esencia de los permisos especiales estatuidos en la Resolución 063 de 2003 del INCO. En general, este acto administrativo establece una suerte de procedimiento especial para el otorgamiento de “los permisos para la ocupación temporal mediante la construcción de accesos, de tuberías, redes de servicios públicos, canalizaciones, obras destinadas a seguridad vial, traslado de postes, cruce de redes eléctricas de alta, media o baja tensión, en la infraestructura vial nacional de carreteras concesionadas”. En efecto, este procedimiento administrativo singular encuentra su elemento impulsor en una solicitud, esto es, en una petición que “la autoridad regional o entidad interesada, sea pública o privada”, deberá presentar al Gerente General de la entidad encargada de la administración de la red vial nacional de carreteras concesionadas (INCO. Res. 063/2003, Art. 1.º), vale decir, la ANI por virtud de lo dispuesto en el Decreto-Ley 4165 de 2011, a efectos de que, por medio de una habilitación concreta, le permita el ejercicio del derecho de instalar redes lineales en aquellos ámbitos espaciales en los cuales dichas obras puedan interferir con la infraestructura de transporte.

Así por ejemplo, en el caso de los servicios públicos domiciliarios —y lo propio podría decirse de otros sectores—, aun cuando la Ley 142 de 1994 dispone que “todas las empresas tienen el derecho a construir, modificar y operar sus redes e instalaciones para prestar los servicios públicos” (L. 142/1994, Art. 28), tal facultad precisa de una habilitación concreta para su eficacia, en cuanto la ubicación de las redes es una decisión que puede generar efectos colaterales en otras manifestaciones del interés general, entre las que destaca, por supuesto, la infraestructura de transporte (L. 1682/2013, Art. 5.º). Los permisos especiales, por tanto, se ordenan a cualificar el ejercicio del derecho de instalar redes lineales que ostentan las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, tecnologías de la información y las comunicaciones y la industria del petróleo a partir de la consideración de su ubicación.

De lo anterior resulta que, de conformidad con el entendimiento del sector administrativo del transporte, si bien existe una serie de agentes que ostentan el derecho legal de instalar redes lineales para el desarrollo de su objeto, lo cierto es que el ejercicio de tal atribución no es enteramente libre. En efecto, al tomar la decisión de instalar activos de red, las empresas interesadas habrán de considerar la potencial interacción con los espacios en los cuales se ubica la infraestructura vial nacional de carreteras concesionadas. En este evento, en fin, la entidad interesada en construir redes lineales deberá solicitar a la autoridad competente la cualificación del ejercicio de su derecho.

En resumen, a los ojos del sector administrativo del transporte, es la empresa que aspira a instalar redes lineales la que, al definir su ubicación, toma la decisión de condicionar o limitar el alcance de sus derechos al decantarse por el aprovechamiento de la

infraestructura de transporte y, por ende, debe elevar la consiguiente petición a la ANI. La Resolución 063 de 2003 del INCO, en sentir de sus defensores, no hace cosa distinta que advertir tal supuesto de delimitación de la libertad, definir las reglas procedimentales especiales que rigen la solicitud de la habilitación particular y establecer las cargas sobrevenientes a las que puede verse enfrentado el peticionario. Dados estos supuestos, es el titular de la red lineal quien, por medio de un análisis costo-beneficio, toma la decisión de solicitar la habilitación o de buscar un trazado alternativo para la instalación de sus activos.

2.3.2. Los permisos especiales como garantía de la prevalencia *ex ante* de la infraestructura de transporte

Según se dijo en el acápite anterior, las licencias, permisos y autorizaciones son una suerte de habilitación concreta que confiere al sujeto que la solicita la facultad de llevar a cabo una labor determinada que, bien por su importancia, bien por sus efectos potenciales sobre determinados intereses colectivos, precisa de una cualificación de la libertad general con la que, en principio, suelen emprenderse las distintas actividades económicas. En efecto, las licencias, permisos y autorizaciones pueden ser vistas como una forma de intervención administrativa en cuya virtud un sujeto determinado, interesado en desarrollar una de aquellas actividades que por orden legal precisan de tal formalidad, se ve compelido, entre otros deberes, a demostrar a la autoridad competente el cumplimiento de una serie de cargas extraordinarias de planificación, precaución e información para que esta, a su vez, lo habilite para emprender su ejecutoria por medio de un acto administrativo particular.

Ahora bien, estas cargas extraordinarias tienen por objeto la adecuada proyección de las afectaciones que el desarrollo de la actividad habilitada puede ocasionar al interés colectivo, a fin de poder anticipar medidas especiales para evitarlas, mitigarlas o repararlas, según proceda. De tal suerte, puede sostenerse que las habilitaciones concretas son un instrumento para sopesar distintos intereses jurídicos y fijar reglas concretas que permitan su coexistencia en un marco de prevalencia del interés general, igualdad y libertad económica.

Los permisos especiales a los que alude la Resolución 063 de 2003 del INCO, según parece, fueron concebidos bajo las premisas expuestas. Tales habilitaciones constituyen una suerte de cualificación del derecho legal de asentar redes lineales cuya tramitación procede en razón de la *ubicación* que los agentes consideren más adecuada y eficiente para sus activos.

En este caso, entonces, el agente que pretende expandir la cobertura de sus redes y que, al efecto, decida servirse de la red vial nacional de carreteras concesionadas (L. 1682/2013, Art. 4.º núm. 1.º; INCO. Res. 063/2003, Art. 1.º), está en la obligación de tramitar el permiso especial configurado en la resolución examinada. En esencia, esta carga administrativa tiene por objeto no solo la previsión de los efectos que la instalación de redes lineales puede tener en las vías y en las distintas acciones que sobre ellas

pueden desarrollarse (L. 1682/2013, Art. 5.º), sino, además, la adopción de las medidas pertinentes para evitar traumatismos tanto en la movilidad como en la seguridad vial y, de alguna manera, sobrecostos en la ejecución de nuevas obras viales.

En este orden de ideas, los permisos especiales son una suerte de instrumento de planificación para el uso del suelo que se ordena a preservar el interés general representado por la infraestructura de transporte frente a los impactos que pueden sobrevenir como consecuencia de la instalación y operación de otro tipo de aprovechamientos en los terrenos que aquella ocupa. Tal formulación puede ser corroborada tras un simple vistazo del procedimiento dispuesto en la resolución bajo examen para el otorgamiento de los permisos especiales. Ciertamente, según su Artículo 1.º, la solicitud de la habilitación para el asiento de redes lineales en la infraestructura vial nacional de carreteras concesionadas debe estar acompañada por una serie de anexos que, en tanto instrumentos para la prospección de la dimensión de las obras de red y de sus impactos sobre las vías, permitan preservar la indemnidad del patrimonio viario, así como la continuidad, la calidad y la eficiencia de los servicios que este representa.

En este sentido, la Resolución 063 de 2003 del INCO señala que el trámite para el otorgamiento del permiso especial solo puede principiar cuando el solicitante allega a la autoridad competente la información necesaria para establecer los impactos que la instalación y ulterior operación de las redes lineales a instalar pueden ocasionar en la estabilidad, el funcionamiento y la seguridad de la infraestructura de transporte⁶³. Asimismo, en concordancia con los datos contenidos en estos informes, el peticionario debe proponer dentro de su solicitud las medidas de manejo que considere más adecuadas para minimizar los impactos que el desarrollo de su intervención puede ocasionar tanto en el tránsito como en la seguridad vial⁶⁴.

Los aludidos insumos, sin duda, son cruciales para que la autoridad competente acceda a emitir la habilitación solicitada y, de paso, establezca el alcance específico de los condicionamientos a imponer al peticionario para la ejecución de su obra y la operación de sus instalaciones (INCO. Res. 063/2003, Arts. 1.º núm. 2.º, y 2.º). En resumen, la emisión de una resolución de fondo favorable a los intereses del peticionario depende, en buena medida, del rigor y la plenitud técnica de las previsiones que acompañan su solicitud.

63 De conformidad con el numeral 1.º del Artículo 1.º de la Resolución 063 de 2003 del INCO, el peticionario de un permiso especial para el asiento de redes lineales deberá anexar a su solicitud, entre otros informes, la "identificación exacta de cada uno de los puntos donde se van a realizar los trabajos en la carretera, de acuerdo con el sistema de referenciación [pertinente]", la "descripción técnica del proyecto, [su] cronograma de ejecución y planos correspondientes" y, finalmente, el "tiempo estimado de duración de los trabajos solicitados".

64 De entre las medidas de mitigación de efectos derivados de la realización y permanencia de las redes lineales en las zonas de carretera, el numeral 1.º del Artículo 1.º de la Resolución 063 de 2003 del INCO resalta la proposición de un "plan de manejo del flujo vehicular durante la construcción y en la operación del proyecto [de redes lineales], con descripción de la señalización preventiva a utilizar", así como la "descripción de la señalización preventiva a adoptar en el sitio de los trabajos durante la ejecución del mismo".

2.3.3. Los permisos especiales como garantía de prevalencia *ex post* de la infraestructura de transporte

De lo dicho hasta este punto es posible colegir que las licencias, permisos y autorizaciones son un instrumento jurídico de intervención en cuya virtud la administración, previo agotamiento de un procedimiento especial, habilita el desarrollo de una ejecutoria determinada que, aunque económica y socialmente relevante, tiene también la potencia de menoscabar ciertos intereses generales dado el preciso alcance de su objeto, envergadura o ámbito de incidencia. Las mencionadas habilitaciones particulares, por tanto, tienen el propósito fundamental de señalar los mecanismos apropiados para permitir el desarrollo de la actividad en concreto, sorteando las potenciales lesiones a determinados intereses colectivos o, cuando estas sean inevitables, procurando su minimización y consiguiente compensación.

En las licencias, permisos y autorizaciones, entonces, subyace la idea de tensión entre intereses jurídico-económicos legítimos. La habilitación concreta, por tanto, propende por resolver tal confrontación por medio del señalamiento de medidas de internalización, las cuales, a su vez, consisten en un conjunto de cargas impuestas al desarrollador de la actividad habilitada para que su ejercicio no implique el desconocimiento de las preferencias colectivas contrapuestas. En este orden de ideas, los instrumentos administrativos en examen son una herramienta de armonización de intereses que propugna por cualificar el desenvolvimiento de una actividad que, si bien da cuenta de la libertad de un agente económico funge, al tiempo, como herramienta para la consecución, al menos mediata, de esta o aquella manifestación del bien común, pero que, de ejecutarse en forma inmoderada, podría agravar el núcleo esencial de otras manifestaciones del interés general.

Una actividad pasible de habilitación concreta, por tanto, es una manifestación de una cara del interés general que se ejecuta a iniciativa de un peticionario concreto, pero que, al tiempo, tiene la potencia de menoscabar otras manifestaciones de dicho interés. La licencia, permiso o autorización, entonces, señala el balance entre ambas manifestación del bien común a efectos de que ninguna de ellas sea totalmente sacrificada en beneficio de su contrapartida. Es casi como si se dijera que, en tanto formas del interés general, ninguna de sus manifestaciones —la habilitada y la preservada— tiene, *per se*, un rango superior, esto es, ninguna debería prevalecer sobre su contrapartida a toda costa.

En resumen, la función esencial de las habilitaciones es garantizar la coexistencia de distintas manifestaciones del interés general por medio de la adopción de medidas que permitan la concreción de una de ellas a condición de satisfacer determinadas cargas orientadas a preservar la esencia de otras semejantes. En esta formulación, sin duda, subyace la idea de equilibrio entre todas las manifestaciones del interés general, vale decir, en principio todas las formas del interés general tienen idéntico valor jurídico e iguales efectos frente al interés particular (Const. Pol., Arts. 1.º, 58 y 334). El condicionamiento de la ejecución de una actividad garante del interés general para preservar la indemnidad de otra de sus manifestaciones tiende, precisamente, a conservar este equilibrio inicial.

No obstante, tal equilibrio no implica, en todos los casos, una equivalencia absoluta de las distintas manifestaciones del interés general. En efecto, según el Artículo 1.º

constitucional, Colombia es un Estado social de derecho fundado, entre otros principios, en “la prevalencia del interés general”. Pues bien, tal prevalencia, en sentido amplio, se manifiesta cuando el interés general es confrontado con el interés particular, caso en el cual este debe ceder ante aquel. Sin embargo, también es posible que, en ocasiones, el ordenamiento jurídico opte por reconocer una mayor relevancia a una manifestación del interés general en relación con otra.

En tal caso, el ordenamiento puede tomar uno de dos caminos. Por un lado, puede optarse por mantener la indemnidad de la manifestación del interés general que, según el discurso circulante, sea socialmente más valiosa por medio de la prohibición legal expresa de la realización de otras manifestaciones que amenacen su plenitud en supuestos específicos (L. 1450/2011, Art. 202, parágrafo 1.º). Por otro lado, el derecho puede decantarse por preservar las manifestaciones más valiosas por medio del mecanismo de la habilitación; en este caso, sin embargo, las licencias, permisos y autorizaciones, además de propender por generar condiciones que busquen restablecer el equilibrio inicial entre las distintas manifestaciones del interés general, pueden señalar algunas medidas encaminadas a resaltar la mayor relevancia socioeconómica de la cara del bien común preservada en relación con la habilitada.

Los permisos especiales estatuidos en la Resolución 063 de 2003 del INCO, a primera vista, dan cuenta de tales reflexiones. En efecto, esta disposición señala las condiciones particulares para que los agentes allí determinados ejerzan el derecho legal a instalar redes lineales en armonía con el imperativo legal de preservar la infraestructura de transporte (L. 1682/2013, Art. 5.º). Ciertamente, si bien las redes lineales se encaminan a incrementar la cobertura de distintos servicios públicos que benefician a la colectividad, su asiento puede dificultar e, incluso, impedir el buen funcionamiento de otras actividades que, como el transporte, también se relacionan íntimamente con el bien común. De esta suerte, los permisos especiales pretenden viabilizar la coexistencia de intereses jurídicos contrapuestos por medio de la habilitación condicionada de unos en procura de la preservación y, de cierto modo, la garantía de prevalencia de otros.

La resolución que da forma a los permisos especiales, entonces, si bien permite el asiento de redes lineales en la red vial nacional de carreteras concesionadas, deja en claro que esta última manifestación del interés general, aun cuando compatible —en principio— con las redes, es esencialmente prevalente, pues, al parecer, da mejor cuenta del bienestar colectivo y la preservación de la riqueza social. En efecto, la resolución 063 de 2003 del INCO, quizá por el hecho de que la infraestructura de transporte fue la primera en ocupar un espacio específico o por la dificultad —técnica y económicamente superior— de trasladar una vía en comparación con una red, tomó partido por la preservación de las carreteras y sus zonas cuando su interacción con las redes lineales sobrevinientes redundaba en conflictos por el uso del suelo y demás afectaciones a su indemnidad. De algún modo, según se dijo, también la LIT legitima esta forma de ver las cosas en la medida en que reconoce la prevalencia *ex post* de las vías que se manifiesta en los deberes que se imponen al agente de redes, si es que aspira a servirse de la red vial nacional de carreteras concesionadas como asiento de su infraestructura (L. 1682/2013, Arts. 46 y 50 literal a).

Pues bien, la aludida prevalencia es preservada por la resolución gracias a la inclusión de una medida orientada a evitar que cualquier actor ajeno al sector administrativo del transporte pretenda invocar mejores derechos sobre el ámbito físico que conforma la infraestructura de transporte que aquellos que se reconocen a los desarrolladores de carreteras: *la temporalidad*.

Si bien la resolución estudiada reconoce el derecho que asiste a determinados agentes para asentar redes en la infraestructura de transporte, lo cierto es que la habilitación concreta para el ejercicio de tal facultad es esencialmente transitoria. Esta circunstancia denota no solo la condición precaria del derecho de instalar redes lineales, sino la mayor relevancia de las vías, en tanto la temporalidad de aquellas obedece, precisamente, al ánimo de evitar la presencia de elementos materiales que, a la larga, puedan obstaculizar o encarecer la construcción, el mantenimiento o el funcionamiento de las vías⁶⁵.

Así pues, en caso de incompatibilidad entre la presencia de las redes lineales y eventuales desarrollos de la infraestructura de transporte, el titular de las primeras, dada la precariedad de su título de asiento, deberá simplemente desplazarse "por su cuenta y riesgo" para permitir el buen desenvolvimiento de la red vial nacional de carreteras concesionadas. Justo por esta razón, desde la solicitud misma del permiso, el peticionario se compromete a que, en caso de que la autoridad concedente e, incluso, el concesionario,

requieran ejecutar [obras viales], lo podrá hacer sin autorización alguna del peticionario del permiso, quien a su vez procederá a desplazar las obras ejecutadas por él, que se encuentren en la zona de carretera, por su cuenta y riesgo a los sitios donde [la autoridad o el concesionario] le indiquen y en el término que se les haya fijado. (INCO. Res. 063/2003, Art. 1.º núm. 1.º literal i)

En última instancia, es el peticionario del permiso especial quien asume libremente el riesgo de trasladar sus redes en caso de que el crecimiento de la infraestructura de transporte así lo precise. De algún modo, dada la claridad de la resolución, el peticionario de un permiso especial no solo conoce de antemano las contingencias a las que puede verse sometido en caso de elegir la infraestructura de transporte frente a otras alternativas espaciales para el asiento de sus obras, sino que, de algún modo, admite que la manifestación del interés general representada en las redes es esencialmente inferior a aquella vertida en las vías y, por ello, conviene en no obstaculizarla.

3. Análisis de juridicidad de los permisos especiales para el asiento de redes lineales

La práctica del sector administrativo del transporte, con sobradas razones según parece, entiende que los permisos especiales reconocidos en la LIT tienen su fuente formal en un acto administrativo general expedido por la autoridad competente para la administración

65 Para un estudio más detallado en torno a la temporalidad de los permisos especiales y la precariedad de los derechos que confieren, puede consultarse Hernández Betancur (2013, pp. 133 y ss.).

de la red vial nacional de carreteras concesionadas. Frente a tal lectura, casi unánime en los entornos académicos y profesionales, es preciso todavía formular múltiples interrogantes atinentes al cuestionamiento de su juridicidad en el contexto constitucional colombiano.

Así las cosas, aun cuando es común que se acepte que esta habilitación ya existía y que la LIT, simplemente, la aceptó, es imprescindible todavía analizar su contexto jurídico y los elementos característicos de los permisos especiales, a fin no solo de comprender el alcance imperativo-atributivo que ordinariamente se les reconoce, sino además de indagar en torno a la plausibilidad de su título configurador y de las imposiciones que lo definen. De tal suerte, a partir de los lineamientos ofrecidos por la Resolución 063 de 2003 del INCO y de los elementos normativos enunciados en la LIT, en adelante se revisará y cuestionará (3.1) la validez de la fuente formal del permiso especial; (3.2) su alcance simplemente temporal y, por último, (3.3) la dimensión de los pre-compromisos que asume quien lo solicita.

3.1. La legalidad como condición formal para la configuración de los permisos, licencias y autorizaciones. Aproximación a la teoría de la convalidación de los actos administrativos

Como se sabe, los permisos especiales para la instalación de redes lineales tienen su fuente formal en un acto administrativo general expedido por la autoridad encargada de la administración de la red vial nacional de carreteras concesionadas. De entrada, tal formulación plantea un interrogante crucial en relación con la juridicidad de dicho requisito administrativo para el ejercicio del derecho legal de los agentes a instalar redes lineales y otros activos: ¿puede un acto administrativo general, de forma directa, constituir una habilitación que condicione el ejercicio de un derecho y establecer la competencia para su otorgamiento, así como los requisitos y procedimientos para su obtención?

Al respecto, con todo y la firmeza con la que los voceros del sector administrativo del transporte han defendido por más de una década la juridicidad de los mencionados permisos, basta simplemente revisar los artículos 25, 84 y 333 de la Constitución Política para concluir más allá de toda duda que la respuesta a este interrogante fundamental es negativa. Ciertamente, las referidas disposiciones coinciden en señalar que la configuración de licencias, permisos y autorizaciones es una potestad reservada al legislador. De tal suerte, las autoridades administrativas únicamente pueden exigir habilitaciones concretas que condicionen el ejercicio de derechos o el desarrollo de determinadas manifestaciones del interés general como prenda de indemnidad de otras semejantes cuando así lo ha dispuesto de manera expresa la ley⁶⁶.

En este orden de ideas, no basta que en el ordenamiento jurídico se disponga, sin más, que una manifestación cualquiera del interés general reviste una importancia especial para que pueda colegirse —como efectivamente se hace en los considerandos de la

66 En relación con el contenido del concepto de *reserva constitucional de ley* o, simplemente, *reserva de ley*, pueden consultarse: Ariño Ortiz (2003, pp. 110-111) y Parejo Alfonso (2009, p. 118).

Resolución 063 de 2003 del INCO— que la administración está prevalida de potestades implícitas⁶⁷ para configurar salvaguardas para su preservación. Para que una exigencia como las habilitaciones particulares tengan un sustento jurídico fiable se requiere no solo que el orden normativo reconozca la relevancia o los impactos de una actividad determinada, sino, sobre todo, que el legislador, de forma clara y precisa (Const. Pol., Arts. 6.º, 121 y 123), señale que su desenvolvimiento está sometido a tal forma de intervención administrativa y defina la autoridad competente para decidir al respecto⁶⁸.

Es por tal razón que, según precisa Correa Henao (2009),

a pesar de todas las limitaciones apuntadas en la descripción jurídico-constitucional de la libertad —bien común, función social, responsabilidades, delimitación legal para salvaguarda del interés social, ecológico, cultura—, no es admisible una limitación a la libertad que no esté prevista o consentida por la ley y por consiguiente, toda ausencia de prohibición debe entenderse como permisión. (p. 152)

En vista de lo expuesto hasta este punto, bien podría colegirse que una exigencia administrativa como los permisos especiales aquí estudiados, al no tener un título legal que la configure de forma expresa, carece de un sustento jurídico plausible. No obstante, la reciente promulgación de la LIT añade nuevos e importantes elementos a esta controversia pues, hasta cierto punto, dicha normativa, al dar por sentada la existencia de un régimen especial de habilitación para el asiento de redes lineales en la infraestructura de transporte, parece convalidar la posición del sector administrativo del transporte en esta materia.

Según se insinuó, ante la evidente carencia de sustento legal expreso al momento de su expedición, la propia resolución, como estrategia de legitimación de sus cláusulas e instrumento para el logro de sus fines jurídico-económicos, debió autojustificarse. Al efecto, en sus considerandos, dicha normativa invocó una serie de competencias implícitas y de sustentos formales indirectos vertidos a lo largo del texto del Decreto-Ley 1800 de 2003 como su fundamento legal. Sin embargo, como se explicó extensamente en otro escrito⁶⁹, tales competencias hacían alusión a la facultad atribuida primero al INCO y, más tarde, a la ANI, para ejercer potestades especiales en lo relativo a la administración

67 Sobre el genuino alcance de la técnica administrativa de las *potestades implícitas o inherentes* pueden consultarse: García de Enterría (2004a, pp. 456-457) y Villar Palasí y Villar Ezcurra (1999, pp. 18 y ss.).

68 "El principio de legalidad de la Administración [...] se expresa en un mecanismo técnico preciso: la legalidad atribuye potestades a la Administración, precisamente. La legalidad otorga facultades de actuación, definiendo cuidadosamente sus límites, apodera, habilita a la Administración para su acción confiéndola [sic] a la efecto poderes jurídicos. Toda acción administrativa se nos presenta así como ejercicio de un poder atribuido previamente por la Ley y por ella delimitado y construido. Sin una atribución legal previa de potestades la Administración no puede actuar, simplemente" (GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ, 2004, p. 449).

69 En relación con la ilegalidad de la Resolución 063 de 2003 del INCO por ausencia de título legal en el contexto jurídico anterior a la expedición de la Ley 1682 de 2013 puede revisarse Hernández Betancur (2013, pp. 139 y ss.).

de los contratos a su cargo, pero, en manera alguna, se referían a la ordenación de la conducta de los sujetos que pretendían instalar redes lineales sobre las vías o sus zonas.

Conscientes de esta problemática, los más importantes voceros del sector administrativo del transporte, a la sazón, redactores originales de la LIT⁷⁰, pretendieron dotar los permisos especiales de un sustento legal sobreveniente que purgase cualquier asomo de ilegalidad en su fuente formal y sus particulares aplicaciones. Así pues, quizá para evitar controversias relativas a la validez de la resolución misma y de las concretas habilitaciones emitidas en su virtud antes de la expedición de la LIT, el texto de esta ley no configuró estos permisos ni definió sus elementos o su procedimiento como cosa novedosa, sino que, según se advirtió, simplemente aceptó su existencia en el ordenamiento jurídico que la precedió (L. 1682/2013, Arts. 46, 47 núm. 3; 48 núm. 2 y 3; 50 y 55).

Se generó de esta manera uno de los más singulares ejemplos de realimentación normativa o *feedback* de los que se tenga noticia en Colombia: la LIT aludió a los permisos especiales porque estos ya formaban parte del ordenamiento jurídico; a su turno, los permisos especiales adquirieron su carta de naturaleza jurídica porque la LIT los mencionó, dando así por sentada su existencia. Esta pintoresca simbiosis, en la que los permisos son causa y efecto de sí mismos, en tanto las alusiones de la LIT carecen de sentido sin la configuración contenida en la resolución, al tiempo que la resolución carece de validez sin la LIT, reconduce este análisis a una simple pregunta: ¿pretendió la LIT purgar la ilegalidad manifiesta de los permisos especiales?

En términos generales, la purga de la ilegalidad, más conocida en la doctrina como convalidación de los actos ilegales, es un fenómeno jurídico en virtud del cual una decisión administrativa en cuya formación, contenido, móviles o propósitos se enquista un vicio que compromete su pertenencia al orden jurídico es saneada, bien por adecuación sobreveniente de su fundamento normativo —*v. gr.* expedición de la regla faltante o, de ser el caso, desaparición del mandato legal contravenido (Betancur Jaramillo, 2002)—, bien por corrección de las circunstancias anómalas —*v. gr.* ratificación intraadministrativa en supuestos de incompetencia relativa (Lamprea Rodríguez, 1996)—, con el objeto no solo de que continúe surtiendo efectos hacia el futuro —efecto *ex nunc*— sino, principalmente, de regularizar su situación hacia el pasado —efecto *ex tunc*—. En pocas palabras, la convalidación busca consolidar la pertenencia de un acto administrativo al ordenamiento jurídico en la medida en que, dadas sus ventajas materiales, bien vale la pena modificar las reglas que lo fundan en procura de su pervivencia.

Más allá de la conveniencia de esta figura o de los eventuales reparos éticos a su empleo como medida de conservación administrativa, lo cierto es que el afán de convalidación puede explicar las menciones hechas por la LIT a los permisos especiales. En

70 Como se sabe, el Proyecto de Ley 223-2013 de Senado/345-2013 de Cámara, que más tarde se convertiría en la Ley 1682 de 2013 rectora de la infraestructura de transporte, fue concebido, redactado y defendido en el Congreso de la República por el equipo jurídico del MIT, presidido por entonces por Cecilia María Álvarez Correa-Glen quien, de hecho, radicó la mencionada iniciativa para su trámite. Cfr. Congreso de la República de Colombia (2013, pp. 17 y ss.).

efecto, parece razonable afirmar que dicha normativa, al dar por sentada la existencia de las referidas habilitaciones, pretendió dotar a la resolución del INCO de la validez que echaba en falta a fin de consolidar la eficacia de la prevalencia *ex ante* y *ex post* que tal instrumento pretendió proveer a la infraestructura de transporte en relación con otros aprovechamientos procomunales.

A pesar de esta conclusión preliminar, debe preguntarse ahora lo siguiente: ¿resultará eficaz tal estrategia como medida para conservar los efectos de la resolución y sus finalidades originales? Para absolver esta inquietud es imprescindible considerar que, en el caso de los permisos especiales, el principal problema parece ser la ausencia de un título legal que sustente tanto la resolución que los configura como cada habilitación en concreto expedida en su virtud. Dicho con otras palabras, tratándose de los permisos especiales existen dos actos administrativos que precisan de convalidación y en los cuales dicha figura produce efectos bien distintos: (3.1.1) la resolución que configura el permiso y (3.1.2) los actos particulares de habilitación emitidos en su virtud.

3.1.1. Convalidación de la resolución que configura los permisos especiales

Según se ha sostenido, la LIT, dado el reiterado reconocimiento de la existencia de permisos especiales para el asiento de redes lineales, bien podría constituir el título legal que precisaba la resolución en estudio para considerarse una disposición válida. De tal suerte, gracias a la LIT, sería aceptable sostener que la perturbación al ordenamiento superior derivada de la vigencia de la resolución del INCO sin un título legal explícito ha desaparecido. Por tanto, dicho acto administrativo general bien podría tenerse como parte del ordenamiento jurídico con efectos *ex tunc* y *ex nunc*, esto es, la ulterior exigencia de un permiso especial no precisaría de la expedición de un nuevo acto general, en tanto la primera resolución ha sido convalidada.

Tal consideración, sin embargo, no es definitiva. De ella pueden resultar todavía dos lecturas. La primera, que da por sentada la convalidación al menos parcial del acto administrativo general, y la segunda, que se obstina en oponer reparos de juridicidad a la resolución del INCO que no fueron saneados en los términos de la LIT y que, por tanto, hacen imperativa la expedición de un nuevo acto administrativo, si es que en el futuro se pretende exigir habilitación especial para la instalación de redes lineales.

Desde la primera óptica se parte de una premisa fundamental: la LIT, en efecto, convalidó la resolución; sin embargo, tal purga no fue absoluta, pues la propia ley definió los elementos esenciales del permiso. De tal suerte, el mencionado acto administrativo solo sería válido en los puntos en los cuales recoja fielmente los aspectos sustantivos allí definidos. En adelante, entonces, únicamente podrían exigirse "permisos de instalación de nuevas redes de manera coordinada con los trazados y proyecciones de los proyectos de infraestructura de transporte" (L. 1682/2013, Art. 46, inciso 2.º) que consistan en vías nacionales concesionadas (INCO. Res. 063/2003, Art. 1.º) por parte de "la entidad pública que tenga a cargo la vía dentro de la zona de exclusión de que trata el artículo 2.º de la Ley 1228 de 2008" (L. 1682/2013, Art. 55, inciso 5.º), la cual, al efecto, "deberá

establecer los requisitos que debe cumplir el interesado en el trámite correspondiente" (L. 1682/2013, Art. 55, inciso 5.º). Dicho de otra manera, la convalidación de la LIT fue apenas parcial, pues en contra del supuesto de hecho de la resolución, en lo sucesivo no sería admisible la exigencia de permisos especiales para el asiento de redes en las porciones de infraestructura de transporte, incluidas las vías nacionales concesionadas, en las cuales no se esté planificando una intervención concreta (L. 1228/2008, Art. 10 parágrafo 4.º; L. 1682/2013, Art. 12).

Desde la segunda perspectiva, por otra parte, si bien parece incuestionable que la LIT admitió la existencia de permisos especiales en aquellas manifestaciones de la infraestructura de transporte que serán objeto de intervenciones futuras y que se encuentren en fase de estructuración, esto, por sí solo, no debe entenderse como convalidación de la resolución, sino como la configuración de un título legal especial para el ulterior establecimiento de un permiso, el cual, en el mejor de los casos, apenas si podría exigirse a partir de la expedición de la Resolución 716 de 2015 de la ANI. Según lo dispone el Artículo 55 de la LIT, la autoridad competente para establecer los requisitos que debe cumplir el interesado en el trámite de un permiso de asiento de redes es aquella que tenga a su cargo "la vía dentro de la zona de exclusión". Dicha expresión, como se mostró con detalle en otro escrito (Hernández Betancur, 2011, pp. 174 y ss.), no alude necesariamente a las autoridades del sector administrativo del transporte, sino que reconduce la discusión a los términos del ordenamiento territorial y, por tanto, a la órbita decisional de las autoridades municipales y distritales, por cuanto lo relativo a los retiros viales "deberá ser incorporado en los respectivos Planes de Ordenamiento Territorial y Planes Básicos de Ordenamiento Territorial de que habla la Ley 388 de 1997 y que por disposición legal debe ser adoptado en cada uno de los municipios del país" (L. 1228/2008, Art. 11), al tiempo que su cuidado y preservación se confía directamente a los alcaldes (L. 1228/2008, Art. 9.º).

En este orden de ideas, aunque la ley admite la posibilidad de exigir permisos especiales para el asiento de redes en las vías que serán objeto de intervención, tal exigencia no ha sido configurada todavía, en tanto la competencia para definir los requisitos de este trámite fue deferida a las autoridades locales, responsables del cuidado y preservación de la vía dentro de la zona de exclusión y no a la autoridad encargada de la administración de los contratos relativos a la red vial nacional de carreteras concesionadas. En conclusión, la resolución del INCO no pudo ser convalidada, pues en ella subyace todavía un vicio jurídico insubsanable: la falta de competencia del órgano que la expidió.

3.1.2. Convalidación de los permisos especiales en concreto

Además de la purga de la resolución 063 de 2003 del INCO, otro de los grandes objetivos del MIT —en tanto redactor del Proyecto de Ley 223/2013 de Senado - 345/2013 de Cámara y como su principal defensor durante el trámite en el Congreso de la República— al incluir constantes alusiones a los permisos especiales en el texto de la LIT era procurar la convalidación y consiguiente exigibilidad de las habilitaciones concretas expedidas

antes de la promulgación de esta ley. Tal designio no solo es fácil de comprender, pues la mentada resolución es el principal instrumento formal para materializar la prevalencia *ex post* de las vías (INCO. Res. 063/2003, Art. 1.º núm. 1.º literal i), sino de comprobar, en la medida en que el texto legal resalta de manera reiterada la preexistencia de habilitaciones que contienen salvaguardas que precaven el reconocimiento de reparaciones a los agentes de redes en caso de que sus activos deban ceder en beneficio de la expansión de la infraestructura de transporte (L. 1682/2013, Art. 50 núm. 1.º).

Así pues, la convalidación de las habilitaciones concretas para el asiento de redes emitidas desde el momento mismo de la expedición de la resolución —efecto *ex tunc*— es la piedra angular de la prevalencia *ex post* de la infraestructura de transporte. Sin el compromiso unilateral de traslado de redes a costa y riesgo del peticionario del permiso —condición esencial para la impulsión de su trámite—, todos los aprovechamientos procomunales, en una eventual disputa por el uso del suelo, estarían en igualdad de condiciones, lo cual, como puede imaginarse, resquebrajaría uno de los propósitos inspiradores de la LIT. En pocas palabras, al entender de las autoridades del sector administrativo del transporte, la pervivencia de los permisos especiales ya otorgados y la eficacia de sus condiciones son condiciones esenciales para la preservación del interés viario.

Ahora bien, para considerar siquiera la plausibilidad de las consecuencias devenidas de esta hipótesis, es decir, que por virtud de la LIT se hubiesen convalidado las habilitaciones concretas ya otorgadas, es preciso tomar como punto de partida la primera lectura expuesta en el acápite precedente, en cuya virtud dicha normativa purgó —al menos parcialmente— los vicios presentes en la resolución del INCO. Ciertamente, es este el razonamiento que aducen los voceros del sector administrativo del transporte para quienes, dada la pervivencia de la fuente formal general, también las habilitaciones concretas fueron convalidadas. Es por tal razón que, en la práctica, tales autoridades exigen el cumplimiento de los pre-compromisos que fueron suscritos por los peticionarios al impulsar el trámite del permiso especial, pues ello resulta bastante conveniente para la reducción de costos de la ejecución vial.

A pesar de la aceptación común de esta lectura en la práctica del sector administrativo del transporte, la determinación de su pertinencia jurídica, esto es, de su veracidad, está sujeta a la respuesta que se ofrezca a una cuestión de fondo ineludible: ¿es aceptable la convalidación de actos administrativos particulares en nuestro ordenamiento jurídico?

Al respecto, es de considerar que, si bien la dogmática jurídica acepta ampliamente la posibilidad de convalidar actos administrativos generales, tal razonamiento no es aplicable en los mismos términos en el caso de los actos administrativos particulares. Mientras la purga de los vicios de los actos generales no hace cosa distinta a consolidar su pertenencia al ordenamiento jurídico de manera que, sin necesidad de una nueva expedición, puedan surtir efectos como si jamás hubiesen albergado anomalías, en el caso de los actos particulares la aplicación inmoderada de dicha figura podría redundar en profundas inequidades contra los administrados en concreto dada la inseguridad jurídica que tal posibilidad plantea en relación con la indemnidad de los derechos adquiridos y la certeza de los requisitos sustantivos para que la administración pueda crear nuevas situaciones jurídicas.

En efecto, los actos administrativos particulares —más allá de la dilatada discusión en torno a los actos de conocimiento o registro (Santofimio Gamboa, 2003, p. 134) que no interesa en este estudio— son manifestaciones unilaterales de la voluntad pública proferidas por las autoridades en ejercicio de funciones administrativas que, a partir de habilitaciones legales específicas y de la observancia de determinados cauces procedimentales, tienen la vocación de constituir situaciones jurídicas individuales, sea por medio de la creación de derechos, la resolución de ciertas controversias o la imposición de cargas e, incluso, de sanciones. Como puede verse, a diferencia de los actos administrativos generales que son apenas un título jurídico que señala efectos en abstracto que pueden o no ser eficaces, los actos particulares existen precisamente para transformar la situación jurídica de su destinatario.

Ciertamente, con su expedición, un acto administrativo particular cambia el entorno jurídico del administrado en concreto e introduce en su lugar uno *nuevo* gracias a la amplificación o restricción de los derechos y libertades de este último. Así las cosas, tras su formación y exteriorización en los precisos términos del ordenamiento vigente, el acto particular consolida (Valencia Zea y Ortiz Monsalve, 2000, pp. 209 y ss.; Vélez Rodríguez, 2001, p. 36) el contorno de atribuciones jurídicas de su destinatario en ese momento. De esta suerte, los cambios normativos sobrevinientes, salvo fenómenos como el decaimiento (Garrido Falla, Palomar Olmeda y Losada González, 2006, p. 671) o la no generación de perjuicios (García Maynez, 1977, pp. 399-400), no tienen la virtud de alterar las situaciones jurídicas consolidadas por los actos administrativos particulares (Sánchez Torres, 2004, pp. 139-142).

Tal aserto, que de algún modo se construye a partir de los supuestos conceptuales que soportan la noción de irretroactividad de las disposiciones jurídicas, surte efectos no solo en lo relativo a la preservación de los hechos jurídicos cumplidos en virtud del acto administrativo consolidado sino, además, en lo tocante a la defensa de la posición jurídica del asociado en aquellos eventos en los cuales la administración adopta determinaciones ilegales.

En efecto, así como el acto administrativo que confiere derechos se consolida en los términos del ordenamiento vigente al tiempo de su irrupción, también el acto que señala cargas conserva en su seno los vicios que lo afectaron en el instante de su expedición, como quiera que, en cuanto a los actos generadores de derechos y obligaciones, es el ordenamiento vigente al momento de su formación —*tempus regit actum*— el “que decide sobre su validez o invalidez” (Valencia Zea y Ortiz Monsalve, 2000, p. 213). Así pues, tal y como el acto particular consolidado pervive a los cambios legales para preservar los derechos adquiridos por el administrado, el acto anómalo conserva sus tachas para resguardar el derecho del asociado a exigir la indemnidad del ordenamiento jurídico y el restablecimiento de su posición jurídica.

De este modo, no podría convalidarse un acto administrativo particular sin conculcar por esta vía los derechos de su destinatario y sin vaciar de su sustancia algunos de los principios definitorios del Estado social de derecho (Const. Pol., Arts. 1.º, 2.º, 4.º, 6.º, 13, 58, 84, 94, 121, 122, 123, 209, 237 y 241). En efecto, la purga de los vicios de un

acto particular equivaldría a negar la sujeción de la administración al imperio del orden jurídico en un momento dado, gracias al beneplácito futuro del legislador histórico. Las bases de la estatalidad contemporánea, por tanto, colapsarían desde sus cimientos pues, en adelante, el postulado de la jerarquía normativa sería sustituida por la del balance político circulante, de suerte que la juridicidad de las decisiones de la administración dependería no de su reconocimiento en el ordenamiento superior, sino de la cercanía o distancia entre estas y el legislador, ente todopoderoso capaz de alterar los hechos cumplidos a la medida de las necesidades de sus áulicos. Los principios de legalidad, igualdad y seguridad jurídica, en adelante, serían meras quimeras.

De todo lo dicho hasta este punto, Mario Rodríguez (citado en Betancur Jaramillo, 2002) ofrece una interesante síntesis que bien vale la pena tener presente. El mencionado autor, al referirse a la convalidación, señala que tal figura es admisible "respecto a los actos de carácter general y no [frente] a los de carácter individual, porque las situaciones jurídicas concretas solo pueden definirse de acuerdo con las normas vigentes al momento de la expedición del acto respectivo; de otra manera se daría efecto retroactivo a la nueva norma" (p. 228).

Ahora bien, al trasladar estos argumentos al caso de los permisos especiales expedidos en virtud de la Resolución 063 de 2003 del INCO, es forzoso concluir que la sola mención de los elementos de este acto administrativo general en la LIT, si bien parece ser suficiente para convalidarlo, no tiene la entidad jurídica indispensable para purgar los vicios consolidados en las habilitaciones concretas. De esta suerte, el hecho de que cada permiso de asiento de redes lineales otorgado desde la expedición de la resolución y hasta la promulgación de la LIT haya carecido de un título legal es inmodificable; por tanto, los esfuerzos del MIT por incluir alusiones a los permisos especiales en la ley no son suficientes para conferírsele.

A pesar de lo dicho, gracias a la convalidación de la resolución, sí es posible, sin necesidad de un nuevo acto administrativo general, que se exija la tramitación de nuevos permisos en concreto, pero estos deberán ser exigidos en los precisos términos de la LIT que, como se precisó, aun cuando existan dudas respecto a la autoridad competente para su trámite es indudable, cuando menos, que tal exigencia procede únicamente en relación con los proyectos que se encuentren en fase de estructuración, pues así lo dispone el Artículo 46 de la mencionada ley.

3.2. Temporalidad de los permisos especiales

Como se señaló en otro apartado de este escrito, los permisos especiales son un instrumento formal ideado para materializar la prevalencia *ex post* de las vías en relación con las redes lineales. Al efecto, las aludidas habilitaciones, si bien parten del principio de coexistencia entre la infraestructura de transporte y otros aprovechamientos procomunales, enfatizan el rango superior del primer uso, por lo que apenas confieren un derecho precario para el asiento de las redes que, en caso de conflicto por el espacio, deberán ceder, sin que medie contraprestación alguna, en beneficio de las vías. De lo dicho se

colige que el asiento de redes en la infraestructura de transporte es apenas temporal, en la medida en que la expansión vial puede redundar en el retiro o movilización de los activos de las empresas de servicios públicos, tecnologías de la información y las comunicaciones o la industria del petróleo que, por su ubicación, obstaculicen o encarezcan la construcción, el mantenimiento o el funcionamiento de las carreteras.

Sin lugar a dudas, la provisionalidad del asiento de las redes lineales es la faceta temporal de la prevalencia *ex post* de la infraestructura de transporte en el contexto de los permisos especiales. Tal conclusión se desprende no solo del texto de la resolución —cuando especifica que el objeto de la habilitación en concreto es autorizar la “ocupación temporal” de la infraestructura de transporte con redes lineales (INCO. Res. 063/2003, Art. 1.º)— sino, directamente, de la LIT, en tanto señala que los permisos otorgados para la instalación de redes están condicionados por la expansión de la infraestructura de transporte pues, en este caso, el agente de red deberá asumir los costos asociados a la protección, el traslado o la reubicación de sus activos a fin de no entorpecer la maximización del patrimonio viario (L. 1682/2013, Art. 50 literal a).

La provisionalidad, en resumen, es un instrumento de capital importancia para la salvaguarda de la prevalencia *ex post* de las vías, lo cual a su vez constituye uno de los principios inspiradores de la LIT. A pesar de lo dicho, la revisión de tal nota característica de los permisos especiales parece contravenir muchas de las condiciones que, en términos constitucionales, deberían disciplinar la interacción entre infraestructura de transporte y redes lineales por lo que, antes de reconocer la eficacia de la interinidad de los permisos y exigir la movilización de redes en beneficio de las vías, es preciso considerar la siguiente inquietud: ¿es admisible que los permisos especiales, más allá de su configuración administrativa y su convalidación legal, tengan carácter simplemente provisional?

La respuesta a este interrogante, dadas las complejidades de la principalística constitucional que gobierna la coexistencia de distintos aprovechamientos procomunales, no es sencilla. Al contrario, para afirmar o refutar la juridicidad del carácter temporal de los permisos especiales hace falta revisar sus efectos frente a postulados constitucionales como (3.2.1) la continuidad de los servicios públicos; (3.2.2) la adecuada planificación de las actuaciones públicas y, finalmente, (3.2.3) la estabilidad de determinados derechos adquiridos.

3.2.1. Temporalidad y continuidad de los servicios públicos

De conformidad con el texto constitucional, el Estado colombiano, a fin de materializar su finalidad social, tiene el deber de asegurar la prestación continua y eficiente de los servicios públicos —en general— a todos los habitantes de su territorio (Const. Pol., Arts. 1.º, 2.º, 334 y 365). En sentir de la Corte Constitucional, por medio de los servicios públicos el Estado salvaguarda de manera efectiva los derechos fundamentales —entre los que destacan la vida, la integridad personal, la salud y la educación—, de suerte que “por medio de estos servicios se pretende primordialmente satisfacer en forma general necesidades de manera regular y continua, que tengan como respuesta principal la salva-

guarda permanente de los derechos y deberes constitucionales" (C. Const. Sent. C-060 de 2005, M. P. Jaime Araujo Rentería).

De lo dicho se desprende que, de entre los elementos característicos del servicio público como herramienta para la preservación y satisfacción de los derechos fundamentales, destaca la continuidad en su prestación. En efecto, una de las notas esenciales de la provisión de servicios —una que, de hecho, diferencia esta actividad de la provisión de bienes—, consiste precisamente en su permanente disponibilidad en beneficio de los usuarios. Así las cosas, según lo resalta Palacios Mejía (1999b), más que el bien provisto en sí, el cual en algunos casos puede ser almacenado para su uso ulterior, lo que dota a los servicios públicos de un carácter especial es la posibilidad de servirse de ellos en cualquier momento sin necesidad de tal almacenamiento por parte del usuario⁷¹.

A partir de esta realidad jurídico-económica, es indispensable que la provisión de los servicios públicos se efectúe por medio de instrumentos que garanticen la conducción ininterrumpida de los bienes que los constituyen hasta el lugar en el cual el usuario puede servirse de ellos en el momento en el que lo considere apropiado⁷². La alternativa

71 "Con el desarrollo de las técnicas de 'contabilidad nacional' los economistas necesitaron criterios para clasificar en unos u otros sectores económicos los actos que realizan los residentes de un país. Se dio, entonces, especial atención a la distinción entre producción y negociación de 'bienes' y producción y negociación de 'servicios', sin que haya podido llegarse a un acuerdo acerca de cuál es la frontera entre estos dos conceptos.

Se ha dicho, por ejemplo, que tanto los 'bienes' como los 'servicios' contribuyen a satisfacer necesidades humanas, pero que el valor de los 'bienes' se asocia, directamente, con sus características físicas (peso tamaño, color, olor, etc.), que permiten su almacenamiento y apropiación con fines de intercambio, mientras que el valor de los 'servicios' depende sobre todo de aspectos intangibles.

Se anota, también, que los 'bienes' pueden almacenarse para ser usados durante cierto tiempo, mientras que los 'servicios' desaparecen con su uso; y por ello se clasifican, a menudo, como servicios, las actividades de provisión de 'bienes de consumo'. Y se observa que, aunque, a veces, los 'servicios' se unen a un bien, no pierden su calidad de tales en la medida en que el valor resultante puede atribuirse más al elemento intangible que al material [...].

Las actividades relacionadas con la provisión de los 'servicios públicos domiciliarios' a los que se refiere la Ley 142, bien pueden calificarse de 'servicios' a la luz de algunos de los criterios anotados, por los siguientes motivos:

a. Cuando esas actividades se asocian con bienes tangibles, tales como el agua, el gas o la energía, todos ellos se ofrecen al usuario para su uso inmediato; aunque pueden ser almacenados, desaparecen con su uso;

b. Cuando estas actividades no se asocian con la entrega al usuario de bienes tangibles, como ocurre con la telefonía, el alcantarillado y el aseo, ellas cumplen con los elementos de la definición de un servicio 'puro', es decir, de un beneficio intangible que se presta a una persona. Y aunque el sonido telefónico puede almacenarse, lo más valioso del servicio no es el servicio almacenado, sino el hecho de haber sido transmitido a distancia, que se perfecciona y agota en cada telecomunicación.

Así, pues, al hablar de 'servicios públicos domiciliarios', nos referimos a actividades orientadas a proporcionar a las personas ciertos 'bienes de consumo' que se agotan con su uso; o a un beneficio que no se materializa en un bien tangible, susceptible de apropiación y almacenamiento" (PALACIOS MEJÍA, 1999b, pp. 35-36).

72 En Sentencia T-598 de 1992, con ponencia del magistrado Alejandro Martínez Caballero, la Corte Constitucional señaló que los servicios públicos domiciliarios son "aquellos que se prestan a través del sistema de redes físicas o humanas con puntos terminales en las viviendas o sitios de trabajo de los

ofrecida por la técnica para este propósito consiste, precisamente, en un conjunto de redes lineales y activos relacionados⁷³.

Así pues, según sea la naturaleza del servicio público de que se trate, las redes instaladas para el permanente transporte, distribución, emisión y recepción de las prestaciones propias de los servicios públicos tienen implícita una vocación de permanencia en su lugar de asiento, pues solo de esta manera es posible lograr el cumplimiento constante de su propósito. En pocas palabras, la continuidad en la prestación de los servicios públicos está estrechamente relacionada con la estabilidad de los instrumentos dispuestos para su conducción entre los centros de producción o emisión y los lugares de consumo o recepción.

En contravía de estas elementales postulaciones, tanto la LIT como la Resolución del INCO señalan que el asiento de redes lineales sobre la infraestructura de transporte tiene vocación temporal. Así las cosas, cuando el desarrollo vial lo precise, las redes lineales deberán ser retiradas por sus titulares "a los sitios donde [la ANI] o el Concesionario le indiquen y en el término que se les haya fijado" (INCO. Res. 063/2003, Art. 1.º núm. 1.º literal i).

Tal supuesto, sin lugar a dudas, niega de manera flagrante la vocación de permanencia de las redes lineales y ello, por contera, afrenta la continuidad de los servicios públicos. De hecho, al comprometer la continuidad de los servicios, la eficacia de los permisos especiales redundante en otras dos problemáticas constitucionales de gran relevancia que, de algún modo, están interrelacionadas.

Por tanto, en primer lugar, la indisponibilidad del servicio derivada de la remoción de las redes lineales dificulta la provisión de las cantidades mínimas para satisfacer las necesidades básicas de los usuarios de los servicios lo cual, por supuesto, vulnera el compromiso estatal de garantía de prestación y ampliación de cobertura (Const. Pol., Arts. 1.º, 2.º, 365 y 367). Como consecuencia de lo anterior, además de la remoción de activos todavía funcionales, el Estado, en cumplimiento de los deberes devenidos de su función social y, obviamente, los prestadores, dada su obligación como operadores del servicio, a fin de atender al conjunto de usuarios afectados por dicha situación, se verán forzados a incurrir en la ineficiente carga de construir nuevas redes (Const. Pol., Arts. 1.º, 2.º, 13, 209 y 365), las cuales a su vez estarán sometidas al riesgo de una ulterior remoción pues, como lo establece la propia resolución, el asiento de los nuevos activos en la zona de carretera se sujetará a "la actualización del permiso concedido" con todos los requisitos de trámite que ello conlleva (INCO. Res. 063/2003, Art. 1.º núm. 1.º literal i).

usuarios y cumplen la finalidad específica de satisfacer las necesidades esenciales de las personas". Este concepto ha hecho carrera en la doctrina de esta corporación y ha sido acogido, entre otros fallos, en las sentencias C-444 de 1998, C-041 de 2003 y C-353 de 2006.

73 "La prestación del servicio, es decir, el desempeño exitoso de la actividad, depende de la existencia de elementos físicos, de una infraestructura, que es limitada y expandible, y que se asocia con la posibilidad de que el legislador determine con cierta amplitud su 'cobertura' (Artículo 367 de la Constitución Política)" (PALACIOS MEJÍA, 1999b, p. 37).

3.2.2. Temporalidad y planificación de las acciones públicas

Como se indicó, una revisión sistemática de la LIT —a menos que se tome partido por la lectura antes expuesta que postula la existencia de vacíos insalvables en la atribución de competencia en el Artículo 55— puede conducir a la plausible convicción de que la Resolución del INCO ha sido convalidada. En tal caso, sin embargo, ha de asumirse que la purga de los vicios que corrompían al acto administrativo general no fue absoluta. Tal fenómeno jurídico, al contrario, pudo operar únicamente en función de los elementos formativos, contenidos, móviles y fines del acto administrativo general que fueron expresamente incluidos en el texto legal convalidante; las demás particularidades de la resolución, por tanto, conservarán sus anomalías.

Dada esta premisa, es forzoso concluir que los permisos especiales que se tramiten a partir de la expedición de la LIT, si bien podrán apelar a la Resolución del INCO como su fuente formal inmediata, no podrán conferirse con vocación de temporalidad, por la potísima razón de que, según el Artículo 46 de la mencionada ley, "el otorgamiento de permisos de instalación de nuevas redes [se efectuará] de manera coordinada con los trazados y proyecciones de los proyectos de infraestructura de transporte".

Lo anterior, de alguna manera, da cuenta de una de las máximas inspiradoras de la convalidación de los permisos especiales como instrumento rector de la interacción entre redes y vías: la salvaguardia de la prevalencia *ex ante* de la infraestructura de transporte. En efecto, al formular el ámbito de aplicación de dichas habilitaciones, la LIT, en aras de maximizar el aprovechamiento de recursos escasos como el suelo (Const. Pol., Arts. 209 y 334), admitió que las franjas de terreno estratégicas para el desarrollo de la infraestructura de transporte podían asentar no solo el conjunto de acciones viales definidas en sus Artículos 4.º y 5.º sino también otra serie de aprovechamientos procomunales, siempre y cuando estos no comprometiesen la mayor relevancia de las vías.

Ahora bien, para que la concurrencia de usos en los términos señalados sea factible, la LIT exige la adecuada previsión de la intervención con redes en la estructuración de proyectos de infraestructura de transporte (L. 1682/2013, Arts. 46, 53, 54 y 55), de suerte que únicamente se instalen aquellas líneas de conducción de servicios que sean necesarias para el buen funcionamiento de las vías o que, cuando menos, no disputen su predominio en el aprovechamiento del espacio.

Desde esta perspectiva, el reconocimiento de los permisos especiales al interior de la LIT pretende ofrecer una respuesta razonable a la tensión existente entre el interés viario prevalente (L. 1682/2013, Art. 5.º) y la prestación de otros servicios y actividades ordenadas a procurar el bien común. Los permisos, por tanto, fungen como instrumento de planificación que se orientan a generar economías de aglomeración en los corredores en los cuales han de desarrollarse las vías futuras, pero sin que ello las comprometa, difiera o encarezca. De esta suerte, las redes instaladas según los precisos lineamientos del permiso especial obedecerán necesariamente al grado de concurrencia de usos que, en los términos de cada proyecto vial, es técnica y económicamente permisible.

Así, al señalar que los permisos de instalación de nuevas redes se otorgan “de manera coordinada con los trazados y proyecciones de los proyectos de infraestructura de transporte”, la LIT da a entender que tales aprovechamientos solo son posibles en aquellos eventos en los cuales su presencia no comprometa el eficiente desarrollo o el adecuado funcionamiento de la infraestructura de transporte; de hecho, para que no quede duda de este aserto, el mismo Artículo 46 señala que las redes instaladas en su virtud “en ningún caso podrán ser oponibles para las expansiones futuras”, esto es, no pueden obstaculizar las nuevas acciones viales y ello solo es posible cuando la instalación de nuevas redes ha sido debidamente planificada.

Los bienes asentados por el agente de red, entonces, siguen el trazado que el propio estructurador del proyecto vial determinó y generan apenas los impactos que este estimó como tolerables. Es el desenvolvimiento de la estructuración del proyecto vial el escenario en el cual se determinan, por un lado, la necesidad o admisibilidad de instalar redes lineales en la infraestructura de transporte y, por el otro, el preciso espacio que pueden o deben ocupar.

Siendo entonces que el asiento de las redes licenciadas se efectúa en el preciso marco de la estructuración del proyecto de infraestructura de transporte (L. 1682/2013, Arts. 12, 46, 53 y 54), esto es, del ejercicio riguroso de la planificación del alcance de la acción vial específica⁷⁴, resulta cuando menos desconcertante que la ulterior ejecución de cualquier intervención inherente a la vía, sea cual sea su envergadura⁷⁵, pueda legitimar no solo el desconocimiento del derecho de asiento de las redes constituido a instancias de la maduración de la acción vial, sino también la consecuente remoción de tales aprovechamientos. En la generalidad de los casos, la determinación de acciones viales sobrevinientes que incidan en trazados recientemente estructurados o intervenidos solo podría resultar de una deficiencia en su planificación, por lo que el ordenamiento jurídico, antes que alentar tal posibilidad, debe tomar medidas para contrarrestarla (L. 599/2000, Art. 410).

Ciertamente, como lo resalta la doctrina jusadministrativa más difundida, la adecuada planeación de las obras de infraestructura a cargo del Estado debe sintetizarse en un proyecto completo, que verse sobre un objeto plenamente identificado y cuya cabal ejecución pueda verificarse en una sola intervención pues, de otro modo, se correrían

74 “El principio de la planeación o de la planificación aplicado a los procesos de contratación y a las actuaciones relacionadas con los contratos del Estado guarda relación directa e inmediata con los principios del interés general y la legalidad, procurando recoger para el régimen jurídico de los negocios del Estado el concepto según el cual la escogencia de contratistas, la celebración de contratos, la ejecución y la liquidación de los mismos, no pueden ser, de ninguna manera, producto de la improvisación” (SANTOFIMIO GAMBOA, 2004, p. 144).

75 De conformidad con el literal i del numeral 1.º del Artículo 1.º de la Resolución 063 de 2003 del INCO, las acciones viales que justifican la remoción de las redes lineales instaladas en la infraestructura de transporte en los términos del permiso especial son las siguientes: “modernizaciones, ampliaciones, ajustes en el alineamiento, obras complementarias, construcción de puentes vehiculares, construcción de puentes peatonales, enlaces a nivel o desnivel, obras de drenaje o subdrenaje, construcción de ciclovías, andenes o pasos peatonales, o cualquier otro cambio en la zona utilizada para la obra”.

serios riesgos de ineficiencia administrativa, fraccionamiento de contratos y perturbaciones innecesarias al interés general⁷⁶.

En desarrollo de estos postulados, la propia LIT, en su Artículo 7.º, determina que, durante la etapa de estructuración, "las entidades públicas y las personas responsables de la planeación de los proyectos de infraestructura de transporte deberán identificar y analizar integralmente [...] la existencia en el área de influencia directa e indirecta del proyecto [de] redes y activos" procomunales, a fin de "establecer el mejor costo-beneficio para el proyecto en función de los aspectos [...] y proyectos que lo impacten. Este análisis, que se reconduce a los estudios de ingeniería de factibilidad en los términos del Artículo 12 de LIT, es complementado por una etapa de estructuración aún más detallada, denominada fase de estudios y diseños definitivos, "en la cual se deben elaborar los diseños detallados tanto geométricos como de *todas las estructuras y obras que se requieran*, de tal forma que un constructor pueda materializar el proyecto" (énfasis añadido). En resumen, en una acción vial estructurada conforme a derecho no hay razones para que sobrevengan —al menos no en el corto y quizá tampoco en el mediano plazo— obras e intervenciones no previstas en los estudios de ingeniería.

Así las cosas, dados los cauces de maduración de los proyectos viales establecidos en la LIT, no resulta plausible que, por virtud del carácter temporal de los permisos especiales, se legitimen las improvisaciones en la planificación de las vías. De hecho, aceptar la temporalidad de los derechos de asiento conferidos en virtud de los permisos especiales, además de constituir una suerte de condonación del propio dolo⁷⁷ devenido de la ligereza en la planeación, generaría importantes consecuencias jurídicas en relación con el agente de red titular de la habilitación concreta, en la medida en que este, al obrar en virtud de una decisión administrativa que tuvo como punto de partida las conclusiones del ejercicio de maduración de la acción vial en los términos de ley, ostentaría una po-

76 "La correcta planeación técnica del contrato resulta fundamental para definir plenamente el objeto a contratar. Desde esta perspectiva, los proyectos son documentos esenciales para identificar lo que la administración pretende desarrollar para satisfacer el interés general. Bajo este contexto, los proyectos adquieren connotaciones vitales para la vida del contrato, en la medida [sic] que son la base de su identificación plena; de ahí que la doctrina exija que los mismos involucren obras completas, esto es, las que resulten plenas para el uso y disfrute de la comunidad. En este sentido, se rechazan los proyectos incompletos o que conduzcan a ejecuciones que no satisfagan las necesidades generales.

En otras palabras, si tanto en el plano técnico como en el presupuestal un objeto resulta plenamente identificado, de manera tal que constituye un todo útil, susceptible de perfecto uso y disfrute por la administración y la sociedad, constituirá un proyecto que debe ejecutarse integralmente, a través de un solo contrato" (SANTOFIMIO GAMBOA, 2004, p. 148).

77 "El fundamento de la prohibición del dolo futuro [...] radica en la inmoralidad involucrada en la condonación anticipada de conductas ilícitas. Al legislador no le parece posible que puedan autorizarse de antemano actuaciones fraudulentas, dolosas o efectuadas de mala fe, pues ello repugna a la noción ética envuelta en el ordenamiento jurídico. Sería una suerte de acicate a que dichas conductas se ejecutaran, o la suposición de que ellas van a realizarse. Por otro lado, de aceptarse este expediente, se correría el riesgo cierto de que tal estipulación se convirtiera en una cláusula de estilo, impuesta en todo contrato por la parte con más poder de negociación, quedando sin aplicación las normas sobre la buena fe contenidas particularmente en el Código Civil" (ELORRIAGA DE BONIS, 2009).

sición de confianza respecto al aparato público de la cual derivarían derechos que no podrían ser desconocidos a la ligera (Const. Pol., Art. 83).

De hecho, cualquier modificación sobreviniente de sus derechos por virtud de los yerros en la actuación administrativa de planificación pondrían al titular de la habilitación en condiciones procesales para exigir del aparato público la reparación de los perjuicios que tal situación le ocasione (Const. Pol., Art. 90), bien sea por una falla en la actividad de planificación, bien sea por un desequilibrio ante las cargas públicas, en tanto la concreción del interés general devenido de la ejecución de la acción vial sobreviniente tiene como punto de partida el sacrificio especial de sus derechos, los cuales creyó adquirir de forma legítima gracias a la decisión del estructurador del proyecto.

3.2.3. Temporalidad y estabilidad de los derechos adquiridos

En términos generales, el asiento de redes lineales, dada la naturaleza procomunal de los bienes y servicios que transportan o transmiten, es una actividad de utilidad pública e interés social por virtud de lo dispuesto, entre otras disposiciones, en el Decreto-Ley 1056 de 1953 y las leyes 56 de 1981, 142 y 143 de 1994, 1274 y 1341 de 2009, 1450 de 2011 y 1753 de 2015 (Const. Pol., Art. 58). Tal connotación jurídica constituye un título idóneo para que, a partir de los trazados de este tipo de intervenciones, se impongan gravámenes particulares sobre los predios que constituyen la ruta más eficiente para su construcción. Dicho de otra manera, la instalación particular de redes lineales, además de la tramitación de permisos ambientales y de uso del suelo pertinentes, precisa de la constitución de sendos gravámenes reales sobre aquellos predios que deban soportar su situación concreta. Cada palmo de red, por tanto, requiere una *servidumbre* que constituya el derecho real en concreto en favor del agente de redes y determine los alcances de la ablación al dominio sobre el predio sirviente.

Así, el concreto asiento de una red lineal adopta la forma jurídica de una *servidumbre*, lo que lo torna en un derecho real que ostenta el agente de redes sobre los predios sirvientes intervenidos por el trazado de su infraestructura. De tal suerte, en tanto gravamen real, la presencia de las redes en un predio particular precisa de dos condiciones. Por una parte, el gravamen debe ser formalmente constituido en una escritura pública —a manera de título— y, de forma sucesiva, inscrito en el respectivo folio de matrícula inmobiliaria —a manera de modo—. Por otra parte, y esto quizá sea lo más importante, dado que el asiento de redes lineales configura una disminución de los atributos del dominio que pueden ejercerse sobre el fundo que los soporta a efectos de permitir el transporte o la transmisión de bienes y servicios en beneficio de la colectividad, es necesario que el agente de red repare el daño que la presencia de su infraestructura puede ocasionarle al titular del predio sirviente⁷⁸.

78 Dadas las connotaciones mencionadas, esto es, la presencia de un daño derivado del menor valor del predio y la consiguiente obligación de reparar a cargo de quien se beneficia con el gravamen, algún sector de la doctrina juspublicista ha señalado que las *servidumbres*, más que un asunto propio de la

Ahora bien, una vez constituido el gravamen real, esto es, cumplido su título y modo y, por supuesto, satisfechos los derechos del titular del predio sirviente, el agente de redes lineales constituye en su favor un derecho que, según la doctrina civilista, se caracteriza, entre otras cosas, por ser perpetuo. Así por ejemplo, Alessandri Rodríguez y Somarriva Undurraga (1987) destacan que, salvo condiciones especiales, las servidumbres "se establecen para una necesidad o utilidad indefinida o perpetua" (p. 708).

Dadas las premisas expuestas, es forzoso concluir que la temporalidad de los permisos especiales es incompatible con la naturaleza permanente de las servidumbres. En efecto, aun cuando los retiros viales hacen parte de la infraestructura de transporte según lo dispone la LIT (L. 1682/2013, Art. 4.º núm. 1.º), tales porciones de terreno no han perdido la connotación de bienes de interés público que les reconoce la LFRV (L. 1228/2008, Art. 3.º), por lo que, aun cuando con serias delimitaciones, no han dejado de pertenecer a sus titulares privados. De esta suerte, el aprovechamiento de tales porciones de terreno, además de los permisos a que haya lugar, requiere la formalización del gravamen —título y modo— y la reparación de perjuicios en favor del titular del predio (Hernández Betancur, 2011, pp. 132 y ss.), pues actuar en contra de tal garantía sería constitutivo de una vía de hecho.

Por tanto, admitir la temporalidad de los permisos de asiento implicaría no solo la remoción de las redes instaladas sino también el desconocimiento de un derecho real consolidado en el patrimonio del agente de redes y, a efectos de una nueva instalación, la constitución de un nuevo gravamen con todos los costos que ello implica (L. 1682/2013, Arts. 12 y 54). En resumen, si bien es aceptable referirse al efecto convalidador de la LIT en relación con los permisos especiales, este solo puede predicarse frente al acto general y no frente a las resoluciones en concreto, razón por la cual no se puede pensar que la obligación de movilización esté vigente.

3.3. El pre-compromiso de traslado de redes como salvaguarda del rango superior del interés viario

De lo dicho hasta este punto, no puede ser otra la conclusión, el principio inspirador de los permisos especiales es la prevalencia a toda costa del interés viario. En efecto, las habilitaciones en estudio existen, precisamente, para garantizar que, en un contexto de coexistencia material entre infraestructura de transporte y redes lineales, estas, en caso de conflicto por la ocupación del suelo, deban ceder ante las necesidades de expansión, mejoramiento o funcionamiento de aquellas, dada su mayor aptitud para satisfacer el bienestar colectivo —o al menos así lo valoró el legislador al tramitar la LIT—.

Efectivamente, como ya se ha demostrado, cada elemento del permiso especial se ordena a romper la igualdad que, por principio, deberían ostentar las vías y las redes en lo tocante a la ocupación del suelo, comoquiera que ambos aprovechamientos tienen, por

teoría de los derechos reales es, en el fondo, un supuesto de responsabilidad objetiva del Estado por desequilibrio ante las cargas públicas (ÁLVAREZ MONTROYA, 2008, pp. 139-162).

virtud constitucional, la vocación de preservar el bien común (Const. Pol., Arts. 1.º, 2.º, 334 y 365). Tal aserto, en sentir del legislador colombiano —inspirado, obviamente, por las autoridades del sector administrativo del transporte—, está plenamente justificado, siempre que se tome en consideración el hecho de que, ante la realidad económica contemporánea —que exige la eficiente movilidad no solo de las personas, sino también de las mercancías desde los puertos y nodos de producción hacia los centros de comercialización y consumo—, es legítimo establecer un cierto grado de discriminación en favor de la infraestructura de transporte, dadas sus deficiencias materiales en comparación con el mayor nivel de desarrollo y penetración territorial de las actividades y servicios por red.

En principio, tal modo de razonar es del todo admisible en el contexto constitucional colombiano, puesto que la plenitud sustancial de la igualdad, en los términos del Artículo 13 superior, no precisa del perfecto igualitarismo entre los extremos de una relación jurídica cualquiera. Así pues, en aras de lograr determinados fines socialmente relevantes, el legislador y, en cierta medida, las autoridades administrativas, tienen precisas facultades para intervenir en el alcance del derecho fundamental a la igualdad por medio del establecimiento de tratamientos diferenciales entre los destinatarios de sus normativas.

La tolerancia del ordenamiento constitucional a los aludidos tratos diferenciales, sin embargo, no es absoluta. Existe un límite entre la licitud de las discriminaciones y la afrenta al orden constitucional que, aunque algo difuso, no puede ser sobrepasado por ninguna autoridad constituida sin resquebrajar por esta vía los elementos fundantes del Estado social y democrático de derecho (Const. Pol., Arts. 1.º y 2.º). Dicho límite, según los exponentes de la doctrina constitucional, están sintetizados en el principio de proporcionalidad.

En entender de Bernal Pulido (2008), el principio de proporcionalidad es un criterio de corrección para la valoración de los argumentos interpretativos de las decisiones legales y constitucionales, vale decir, su objeto es procurar la fundamentación correcta de las decisiones normativas. Al efecto, este criterio se compone de tres reglas que toda intervención estatal en los derechos fundamentales debe observar para ser legítima y, por tanto, conforme a la Constitución: (1) idoneidad o adecuación, (2) necesidad y (3) proporcionalidad en sentido estricto. En virtud de (1) la idoneidad, se entiende que la intervención debe ser útil para alcanzar un fin constitucionalmente valioso; (2) la necesidad, por su parte, valora si la intervención es la medida más favorable para el derecho intervenido de entre todas las medidas que revistan la misma idoneidad para el fin buscado, y (3) la proporcionalidad en sentido estricto valora si la importancia del fin buscado está en una relación adecuada con el significado del derecho intervenido, esto es, las ventajas de la intervención compensan los sacrificios que esta implica para el individuo y la sociedad.

Ahora bien, *inter alia*, la LIT, al momento de establecer medidas garantes de la prevalencia de la infraestructura de transporte en los supuestos de tensión con redes lineales, optó por reforzar los mecanismos *ex post* dispuestos en la Resolución 063 de 2003 del INCO. Al efecto, la ley en comento resaltó la necesidad que tiene el peticionario del permiso especial de suscribir un pre-compromiso (INCO. Res. 063/2003, Art. 1.º núm. 1.º literal i)

en cuya virtud, en caso de que el devenir vial precise de la remoción de sus activos, este los retirará por su cuenta y riesgo sin exigir contraprestación alguna al desarrollador de la vía o al sector administrativo del transporte en general⁷⁹.

Tal exigencia normativa, en cuya virtud el agente de redes lineales se ve forzado a renunciar de antemano a sus derechos en beneficio de una condición económica más beneficiosa para el desarrollo de los proyectos viales, plantea una pregunta jurídica crucial: ¿la discriminación particular contenida en la exigencia de remoción de redes para favorecer a la infraestructura de transporte se reconoce en los elementos definitorios de la proporcionalidad como criterio de corrección de las decisiones normativas de intervención en el contenido de los derechos fundamentales o, por el contrario, constituye una ruptura odiosa de la igualdad que se sustenta en argumentos interpretativos incorrectos y que, por tanto, debería ser excluida del ordenamiento jurídico?

Una buena estrategia para absolver este interrogante consiste en echar mano de los elementos definitorios de la proporcionalidad propuestos por Bernal Pulido (2008), vale decir, (3.3.1) idoneidad o adecuación, (3.3.2) necesidad y (3.3.3) proporcionalidad en sentido estricto.

79 Al efecto, el numeral 3.º del Artículo 47 de la LIT, que señala las reglas para la "formulación y ejecución de proyectos de infraestructura de transporte que involucran la protección, el traslado o reubicación de redes" establece que los responsables de formular y ejecutar proyectos de infraestructura de transporte, antes de tomar decisiones definitivas en relación con el trazado de una obra vial que implique interacción con redes lineales, deberán considerar "la existencia de convenios o acuerdos para la protección, traslado o reubicación de redes y activos con prestadores de servicios públicos u operadores de redes, activos y servicios de tecnologías de la información y de las comunicaciones o de la Industria del Petróleo". De manera semejante, el numeral 2.º del Artículo 48, que regula el procedimiento para la protección, reubicación o traslado de activos y redes lineales señala que cuando una entidad pública responsable de un proyecto de infraestructura de transporte identifique la necesidad de trasladar, reubicar o proteger, entre otros, redes lineales deberá "informarle al prestador u operador del servicio sobre la existencia de convenios, contratos o cualquier acuerdo de voluntades en virtud de los cuales la entidad pública responsable del proyecto de infraestructura de transporte y el prestador y/u operador hayan definido sus derechos y obligaciones relacionadas con la protección, el traslado o reubicación de redes y activos". En esta misma disposición, el numeral 3.º, al regular las obligaciones del titular de las redes lineales en relación con el mencionado procedimiento, destaca que este sujeto está en la obligación de informar, entre otros asuntos, la existencia de "permisos, autorizaciones o licencias concedidas al prestador y/u operador para la instalación de la red o activo", así como "el momento en el cual fueron instaladas las redes o activos objeto de protección, traslado o reubicación". Finalmente, el Artículo 50 de la LIT, al disponer las reglas de *asignación de los costos de protección, traslado o reubicación* de activos y redes lineales, señala en sus literales a y b que los costos asociados a la protección, traslado o reubicación de redes y activos con ocasión del desarrollo de proyectos de infraestructura de transporte serán asumidos por el proyecto de infraestructura de transporte, salvo que "exista un permiso otorgado o autorización para la instalación de la red o activo, que haya sido condicionado a la expansión de la infraestructura de transporte, caso en el cual, el prestador [sic] y/u operador deberá asumir los costos asociados a la protección, traslado o reubicación", o que "exista un acuerdo vigente suscrito por las partes, caso en el cual las partes respetarán dicho acuerdo".

3.3.1. Idoneidad o adecuación de los pre-compromisos

Según se dijo, la idoneidad da cuenta de la relación de medio a fin, esto es, de la utilidad de la medida de intervención en el derecho fundamental en aras de la consecución del propósito social buscado. En el caso de los permisos especiales, la ruptura de la igualdad en el asiento de distintos aprovechamientos procomunales materializado en el deber de remoción de los activos de los agentes de red sin lugar a contraprestación se ordena a reducir los costos del desarrollo de la infraestructura vial, a fin de facilitar la expansión, el mejoramiento y el funcionamiento de la red vial nacional de carreteras concesionadas.

Vista la cuestión desde esta perspectiva, no cabe la menor duda en torno a la idoneidad del pre-compromiso inherente a los permisos especiales como medida para garantizar la prevalencia *ex post* de la infraestructura de transporte. Obviamente, imponer a los agentes de red el deber de movilizar sus activos sin lugar a contraprestación es la mejor medida imaginable si es que el propósito es reducir los costos propios de las acciones viales.

3.3.2. Necesidad de los pre-compromisos

La necesidad, como se indicó, compara las medidas idóneas para la consecución del fin propuesto en la disposición de intervención y se decanta por aquella que resulte más favorable para el derecho afectado. En este caso, entonces, debe indagarse por la posibilidad de que otro tipo de medidas puedan también garantizar la reducción de costos en el desarrollo de la infraestructura de transporte y representar, al tiempo, un menor impacto para la plenitud sustancial de la igualdad en el aprovechamiento del suelo y los derechos de propiedad por parte de los agentes de red.

La clave para encontrar tales alternativas, según parece, está dispuesta en la propia LIT bajo dos formas principales: por un lado, se destaca la rigurosidad con la que se efectúe la planificación de las acciones viales y, por el otro, habrá de echarse mano del principio de evitación de traslado de renta entre sectores el cual, a su vez, se sintetiza en el concepto de costos asociados al traslado o reubicación de redes y activos.

Así pues, en tratándose de la planificación como medida de intervención, debe destacarse que desde la LFRV es posible encontrar mecanismos que, a partir de la debida proyección de las acciones viales y su publicidad en medios oficiales, permiten disminuir los costos de las ulteriores obras de infraestructura de transporte sin lesionar los derechos de los agentes de red. El SINC, por ejemplo, existe, precisamente, para registrar "cada una de las carreteras existentes [...], proyectos nuevos, intervenciones futuras y demás información que determine la entidad administradora del sistema" (L. 1228/2008, Art. 10) (énfasis añadido). Por tanto, dicho "sistema público de información único nacional" es, junto al plan de desarrollo y el plan de ordenamiento territorial (L. 1228/2008, Art. 11; L. 1682/2013, Art. 55, inciso 1.º), un referente de consulta obligado "para las em-

presas prestadoras de servicios públicos [antes de llevar a cabo] reformas y mejoras o de dotación de servicios públicos domiciliarios" (L. 1228/2008, Art. 10, parágrafo 4.º)⁸⁰.

De esta suerte, dada la consulta de esta base de datos, los agentes de red —en principio de servicios públicos domiciliarios, aunque nada se opone a aplicar igual criterio a las empresas de tecnologías de la información y las comunicaciones y de la industria del petróleo— están en condiciones de saber en qué lugares pueden asentar sus activos sin generar colisiones con el desarrollo vial. Tal lectura es concordante con los artículos 46, 53, 54 y 55 de la LIT, en la medida en que, según estas disposiciones, la instalación de redes lineales en interacción con la infraestructura de transporte está supeditada a no encarecer o diferir el desarrollo de esta última.

Como se ve, en este caso, si bien se presenta un cierto desequilibrio entre las redes y las vías, pues la posibilidad de instalación de aquellas se supedita a las necesidades de expansión y funcionamiento de estas, no se afronta la situación económica —derechos de propiedad— de ninguno de los extremos de la relación jurídica, en la medida en que el agente de red, ante la noticia de futuras acciones viales, puede buscar otras opciones espaciales para instalar sus activos. De hecho, si ante la publicitación oportuna de una obra de infraestructura de transporte el agente de red insiste en asentarse en los corredores priorizados para tales intervenciones sin llamar la atención sobre tal decisión para ser tenido en cuenta en la planificación integral de la vía, su situación no sería pasible de protección jurídica como quiera que *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* (Const. Pol., Art. 95 núm. 1.º); al contrario, en los eventos en los cuales la actitud torticera del agente de redes —el asiento de activos en contra de la publicitación de obras en el SINC y la planificación integral de las intervenciones— genere sobrecostos o retrasos en el desarrollo de las obras viales, este está llamado no solo a retirar las redes por su cuenta y riesgo sino también a reparar cualquier perjuicio que tal inconveniente hubiese causado al desarrollador de la acción vial (Hernández Betancur, 2011, pp. 152 y ss.).

Por otro lado, en lo que dice en relación con el principio de evitación de traslado de renta entre sectores vertido, a su turno, en la noción de costos asociados al traslado o reubicación de redes y activos, debe tomarse en cuenta que, cuando menos desde la Ley 1450 de 2011, contentiva del PND 2010-2014, la solución a las problemáticas propias de las tensiones entre infraestructura de transporte y redes lineales, con todo y la prevalencia de la primera, se ha formulado en un marco de consenso y respeto por los derechos adquiridos de los actores involucrados en esta relación jurídica. En efecto, en dicha normativa se destacó que la construcción, operación y seguridad de las vías, en tanto propósito fundamental de la política pública de dotación de infraestructura, precisaba de la gestión de los contratiempos que las obstaculicen, difirieran o encarezcan. De tal suerte, cuando la presencia de redes lineales representara una talanquera para el eficiente devenir de las vías, sería imperativo considerar su remoción como una alternativa; tal opción, sin embargo, no procedería *ipso iure*, sino que debería estar mediada

80 En relación con los efectos de la consulta del SINC puede consultarse Hernández Betancur (2011, pp. 152 y ss.).

por la consideración de los costos asociados, esto es, el monto de las indemnizaciones e inversiones que tal ejecutoria representaba, a fin de procurar la indemnidad de los actores involucrados y evitar así que el beneficio de un sector se construyera sobre el sacrificio del otro. Con esta mira, el PND 2010-2014 dispuso que

...para el desarrollo de proyectos de infraestructura de transporte, en los cuales se requiera del traslado o reubicación de redes de servicios públicos domiciliarios y TIC [...], el Gobierno Nacional definirá un esquema de responsabilidades intersectoriales que permita articular el desarrollo de las inversiones en los diferentes sectores. Esta reglamentación estará orientada bajo los principios de equidad, eficiencia económica, celeridad, suficiencia financiera, prevalencia del interés colectivo y neutralidad, evitando que se generen traslado de rentas de un sector al otro. (L. 1450/2011, Art. 97)

A pesar del aludido mandato, el esquema de responsabilidades intersectoriales jamás fue definido, al menos no en los términos del PND. No obstante, la LIT tomó los elementos arriba señalados al disponer las reglas generales del reconocimiento de derechos en caso de requerirse la remoción de redes para el desarrollo de una obra vial. Al respecto, la LIT dispone que "los costos asociados a la protección, traslado o reubicación de redes y activos con ocasión del desarrollo de proyectos de infraestructura de transporte, serán asumidos por el proyecto de infraestructura de transporte" (L. 1682/2013, Art. 50) y entiende que tales costos consisten en el

...valor del desmantelamiento e instalación de una nueva red o activo. Dicho valor incluirá la adquisición de nuevos activos, servidumbres, licenciamientos, gestión contractual y en general los costos que impliquen la instalación de la nueva red, así como las obras necesarias para garantizar la continuidad y calidad en la prestación de los servicios públicos durante el traslado o reubicación de las redes y activos. La determinación del valor del activo estará sujeta al principio de no traslado de renta entre sectores. (L. 1682/2013, Art. 12)

Como se ve, la remoción de las redes si bien es admisible como solución a los conflictos por el uso del suelo entre dichos aprovechamientos y las vías, no implica el sacrificio de los derechos de las agentes de redes. La opción de la LIT se encamina, al contrario, a reconocer sus derechos, pero sin permitir que tales agentes reciban, como sucedía en el pasado, más de lo que representa la afectación de su propiedad, en la medida en que la aludida fórmula legal se orienta apenas al reconocimiento de la vida útil técnica remanente de los activos y de los esfuerzos administrativos propios de la operación administrativa de traslado o reubicación.

Dado que la LFRV y la LIT ofrecen alternativas eficientes y justas para solucionar la colisión de los intereses entre los agentes de redes y los desarrolladores de proyectos de infraestructura de transporte, esto es, alternativas que responden a los criterios de idoneidad y necesidad, no se entiende cómo en la práctica administrativa —y en unas cuantas disposiciones de la propia LIT— se toma partido tan campantemente por desatar

la mentada tensión a partir del desconocimiento del derecho de propiedad del agente de red, como si el interés viario tuviese, en efecto, un rango superior.

3.3.3. Proporcionalidad en sentido estricto de los pre-compromisos

En términos generales, cuando se emplea la técnica del test para valorar la adecuación jurídica de determinada disposición u objeto normativo, el incumplimiento de uno de los elementos esenciales de aquel impide que el concepto analizado pueda superar el testeo propuesto. Así pues, como se vio, es claro que los pre-compromisos, dada la existencia normativa de alternativas menos lesivas para los derechos intervenidos, si bien son idóneos para procurar la prevalencia y eficiencia en el desarrollo vial, no cumplen el requisito de necesidad, por lo que no resisten el *test de proporcionalidad*. No obstante lo anterior, y para efectos meramente académicos, bien puede presumirse que los pre-compromisos superan las dos primeras postas del sugerido test. Resta entonces evaluar cuál es el comportamiento de dicha figura cuando se la valora desde el último elemento que compone el testeo escogido: la proporcionalidad en sentido estricto.

Como se sabe, la proporcionalidad en sentido estricto estima en qué medida la relevancia del objetivo inspirador de la medida de intervención está en una relación adecuada con el significado del derecho intervenido. Lo que se analiza en este punto, por tanto, se reconduce a la valoración de las ventajas sociales obtenidas a fin de determinar si estas son lo suficientemente significativas como para compensar a los afectados por la intervención.

Ahora bien, tratándose de los permisos especiales y los pre-compromisos que les son propios, antes de seguir adelante con el análisis de la proporcionalidad en sentido estricto, bien vale la pena hacer una precisión conceptual. En principio, dado que el objetivo inspirador de los pre-compromisos es la prevalencia *ex post* de las vías, es admisible concluir —siempre que, como se sugirió, se ignore el incumplimiento del requisito de necesidad de la medida interventora— que tal exigencia puede guardar una relación adecuada con el derecho intervenido, puesto que este no es pasible de reparación, cualquier ventaja que se origine en su utilización es legítima, nunca será necesario reparar a quien se vea afectado por su eficacia.

A pesar de lo dicho, aun cuando en la práctica este es el efecto que realmente se espera de los pre-compromisos según el texto de la propia LIT (L. 1682/2013, Art. 50 literal a), lo cierto es que los derechos de los agentes de red siguen siendo pasibles de reconocimiento, bien porque hasta antes de la vigencia de dicha ley los permisos especiales carecían de soporte normativo (L. 1682/2013, Art. 46), bien porque a pesar de ella el ordenamiento jurídico colombiano no tolera que el bienestar de un sector económico, incluso el de la colectividad misma, se construya a partir de la generación de un daño especial a este o aquel agente y que este no sea integralmente reparado (Const. Pol., Art. 90). En este orden de ideas, tarde o temprano, el agente de redes podrá obtener el restablecimiento de sus derechos, si bien no al asiento específico de sus activos, cuando menos sí en lo que dice relación con su inversión.

Es aquí donde cobra singular importancia el análisis de la proporcionalidad en sentido estricto de los pre-compromisos, pues es siempre posible aceptar la aplicación de los referidos requisitos administrativos si se invoca como justificación la celeridad que tal herramienta puede imprimir a la ejecución de los proyectos viales y el beneficio colectivo que de una pronta dotación de infraestructura de transporte puede resultar para la colectividad. Sin embargo, tales ventajas pueden diluirse cuando se toma en consideración que, en el mediano o el largo plazo, la reparación de los perjuicios que tal pre-compromiso pudo irrogar al agente de redes puede resultar superior al ahorro de tiempo en las ejecutorias viales, por lo que aquello que alguna vez se asumió como un beneficio social se revertirá en un pasivo de la colectividad a favor de las empresas de servicios públicos, tecnologías de la información y las comunicaciones y la industria del petróleo.

No pretende decirse que siempre el resultado del balance entre el retiro de redes por cuenta y riesgo de su titular como resultado del pre-compromiso —cuya reparación se diferirá en el tiempo y dependerá de las resultas de una eventual pretensión de reparación directa— y la pronta ejecución de vías sea negativa para la sociedad. Siempre existe la posibilidad de que el agente de redes no ejerza sus derechos ante la jurisdicción o que el monto a reconocer en este caso sea significativamente inferior a las ventajas colectivas derivadas de las vías. Sin embargo, tal resultado es, en principio, imprevisible y, como se sabe, en Estado social de derecho, en el cual los recursos son escasos y las necesidades sociales y responsabilidades públicas inconmensurables, no resulta justo librar al azar tan importante cuestión. La aplicación inmoderada de los mencionados pre-compromisos, de alguna manera, constituye una invitación a depender de la suerte y jugarse el patrimonio público en la incierta lotería de la conducta procesal del agente de redes.

Más sensata, sin duda, resulta la LIT en otros de sus apartados cuando señala que las decisiones relativas a la exigencia del retiro de redes para favorecer la expansión vial dependen de la determinación y la valoración por parte del estructurador del proyecto de infraestructura de transporte de los derechos allí involucrados, a efectos de “establecer el mejor costo-beneficio para el proyecto [vial] en función de los aspectos, programas, planes y proyectos que lo impacten, [para lo cual] mantendrá un diálogo permanente con los actores e interesados para garantizar el interés general” (L. 1682/2013, Art. 7.º). Más que el ejercicio de una posición de poder derivada del pre-compromiso —que impone el inmediato retiro de las redes que obstaculizan los proyectos, aunque siempre bajo la incertidumbre de eventuales demandas—, la mejor forma de satisfacer el interés general, garantizar la eficiencia y el buen uso de los recursos públicos y el respeto por los derechos de todos los agentes involucrados es considerar desde la estructuración “la pertinencia de proteger, trasladar o reubicar las redes y activos de servicios públicos, de la industria del Petróleo o de tecnologías de la información y de las comunicaciones como consecuencia del desarrollo de estos proyectos o de conservar o modificar la ubicación del proyecto de infraestructura” (L. 1682/2013, Art. 47 núm. 1.º), teniendo siempre presente que “en todo caso deberá primar la opción que implique menores costos e impactos generales” (L. 1682/2013, Art. 47 núm. 1.º).

CONCLUSIÓN

Desde sus orígenes políticos y normativos, la LIT fue concebida como una ley de intervención económica. Su objeto, según se vio, fue estatuir una serie de intervenciones procomunales encaminadas a preservar el interés viario en tanto manifestación del interés general previsto en la Constitución Política. En este orden de ideas, cualquier contratiempo, fuese una competencia o un interés jurídico legítimo, fue normativamente encauzado a efecto sintonizarlo con la materialización del interés viario.

Tan claro designio obedeció, según se dijo, al discurso político circulante al momento de la tramitación y expedición de la normativa analizada, según el cual el incremento y mejora de la oferta vial era —y sigue siendo— condición *sine qua non* para el logro de las finalidades esenciales del Estado. De hecho, la altísima prioridad política que se atribuyó a la infraestructura de transporte condujo al MIT y, de algún modo, al legislador, a asumir que el interés viario estaba investido de un rango superior en virtud del cual debía prevalecer a toda costa en cualquier caso de tensión con el alcance de las competencias de determinados organismos públicos o con otros intereses jurídicos.

A fin de llevar a la práctica el rango superior que la política reconoció al interés viario la LIT dispuso gran número de medidas que, aunque parecieron abrir la puerta a la conservación de un cierto equilibrio entre este interés y cualquier otro con el que entrase en tensión, establecieron tales condiciones particulares que, al final del día, toda diferencia terminaría zanjándose a favor de las acciones viales encaminadas a acrecentar el patrimonio viario. Prueba concreta de tal afirmación puede ser hallada en las licencias especiales estatuidas en la LIT a efectos de habilitar, bien la construcción de vías de interés particular, bien el asiento de redes lineales en la infraestructura de transporte.

En efecto, las licencias especiales fueron completamente concebidas desde su finalidad: garantizar la prevalencia a toda costa del interés viario en tanto materialización del interés general. Tal fue el empeño de los redactores de la LIT en establecer intervenciones procomunales idóneas para preservar el rango superior del interés viario, que las licencias especiales, simplemente, dejaron de lado cualquier consideración en torno a la relevancia jurídica de los intereses que, en casos determinados, pudiesen entrar en tensión con aquel. En su virtud no hay duda, cualquier interés jurídico cuyo ejercicio precise de una habilitación concreta es tenido, de entrada, como esencialmente inferior al interés viario y, por tanto, en caso de tensión con este debe ceder sin mayores consideraciones. La LIT, entonces, ahorra la molestia de valorar, caso por caso, cuánto aporta este o aquel interés jurídico a la riqueza social y, de plano, decide que el interés viario es el que mejor satisface las necesidades colectivas y el que mejor emplea la riqueza social, razón por la cual ha de prevalecer a toda costa.

De lo dicho se desprenden dos consecuencias fundamentales. En primer lugar, en tanto intervenciones procomunales construidas desde la finalidad, el diseño específico de las licencias especiales fue realizado sin mayor rigor; casi como si se aceptase que *todo vale*, las licencias especiales están plagadas inconsistencias lógicas y jurídicas que dificultan la elaboración dogmática en esta materia. En segundo lugar, dado el empeño

irrestricto del Gobierno Nacional por incrementar la oferta vial a bajos costos en el mejor tiempo posible, la aplicación de las referidas medidas redundará en el deterioro de la riqueza social, pues la prevalencia del interés viario se procura sin tener en cuenta la generación de costos implícitos por el sacrificio impuesto a otros intereses jurídicos —a veces estrechamente vinculados a la materialización del interés general— y explícitos, derivados de eventuales reparaciones por ruptura del equilibrio ante las cargas públicas de los titulares de los intereses intervenidos.

En estricto derecho, no solo estas dos anomalías sino sobre todo el hecho de que en un Estado social de derecho no puede existir un propósito que habilite todo género de intervención para materializarlo, serían suficientes para que medidas inmoderadas como las licencias especiales no fuesen aplicadas. No obstante, el rango superior que la política atribuye al interés viario hace que estos instrumentos sean aplicados en la práctica en forma recurrente.

¿Por qué el Gobierno Nacional se empeña en dar eficacia a figuras lógicas y jurídicamente tan anómalas? Porque es políticamente rentable. Si bien la aplicación irrestricta de las licencias especiales genera costos implícitos y explícitos que no necesariamente guardan una relación favorable con el beneficio colectivo alcanzado, esto es, no hay proporcionalidad en sentido estricto entre costos y beneficios, lo cierto es que tal conclusión no es perceptible en el corto plazo ni por la generalidad de la sociedad política.

En efecto, la institucionalidad colombiana funciona de tal manera que toda decisión que arroje un balance positivo de corto plazo es altamente valorada por la sociedad política y, en consecuencia, premiada electoralmente en los continuos certámenes democráticos de nuestro país. Al contrario, los costos de largo plazo, aun cuando pueden ser superiores, no son percibidos por la sociedad política como una consecuencia de la decisión que generó rentabilidad de corto plazo; son, simplemente, pasados por alto o atribuidos a quien, en el futuro, tenga la competencia para ordenar su pago y, por supuesto, de recaudar los recursos al efecto.

Así pues, nada más racional desde el punto de vista del *homo economicus* en ejercicio de la política que tomar decisiones que garanticen la provisión de un bien altamente valorado por la sociedad política en corto tiempo y con aparentes bajos costos. El verdadero costo de tal decisión difícilmente será percibido por la sociedad política, en tanto o bien será relacionado con la decisión inicial, como en el caso de los costos implícitos, o bien, como en el caso de los costos explícitos, dependerá del azar, esto es, de que el titular del interés intervenido se oponga a tal intervención o exija el restablecimiento de su situación jurídica y de que su pretensión prospere, ello sin contar con que la decisión en su favor se adopte en un término razonable, pues también las dilaciones de la jurisdicción conspiran a favor de la dilución política de los costos de las intervenciones procomunales.

Ante tantos condicionamientos, entonces, la mejor decisión política parece ser procurar la eficacia a toda costa de los intereses socialmente más valorados; las consecuencias económicas de tales decisiones, por desfavorables que sean, serán problema de alguien más.

REFERENCIAS

- "A sanción presidencial, proyecto de ley de infraestructura de transporte" (25 de noviembre-8 de diciembre de 2013). *Ámbito Jurídico*, año XVI(383).
- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, A. y SOMARRIVA UNDURRAGA, M. (1987). *Los bienes y los derechos reales* (t. II.). Santiago: Imprenta Universitaria.
- ÁLVAREZ MONTOYA, M. A. (2008). Servidumbres administrativas colombianas como generadoras de responsabilidad. En CARLOS MARIO MOLINA BETANCUR (comp.), *Aspectos novedosos de la responsabilidad del Estado*, Colección Memorias Jurídicas, n.º 5. Medellín: Universidad de Medellín.
- ANZOLA, M. (10 de octubre de 2011). *La infraestructura vial en Colombia: entre la ineficiencia y la corrupción*. Recuperado de <http://www.razonpublica.com/index.php/politica-y-gobierno-temas-27/2462-la-infraestructura-vial-en-colombia-entre-la-ineficiencia-y-la-corrupcion.html>
- ARIÑO ORTIZ, G. (2003). *Principios de Derecho Público Económico —Modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica—*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- BERNAL PULIDO, C. (2007). *El derecho de los derechos* (4.ª reimpr. de la 1.ª ed.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- BERNAL PULIDO, C. (2014). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales —El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador—* (4.ª ed.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- BETANCUR JARAMILLO, C. (2002). *Derecho Procesal Administrativo* (1.ª reimpr. de la 6.ª ed.). Medellín: Señal Editora.
- CASE, K. y FAIR, R. (1993). *Fundamentos de economía* (2.ª ed.). México: Prentice Hall Latinoamericana.
- COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE (CEPAL) y BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO (BID). (2012). *Valoración de daños y pérdidas. Ola invernal en Colombia 2010-2011*. Recuperado de <http://www.cepal.org/publicaciones/xml/0/47330/OlainvernalColombia2010-2011.pdf>
- CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. (2013a, 22 de marzo). *Gaceta* n.º 137, año XXII.
- CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. (2013b, 28 de mayo). *Gaceta* n.º 330, año XXII.
- CONSEJO DE ESTADO. (2000). Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia del 7 de septiembre de 2000. Rad. 6214. Consejero Ponente: Olga Inés Navarrete Barrero.
- CONSEJO NACIONAL DE POLÍTICA ECONÓMICA Y SOCIAL (CONPES). Documento Conpes 3762 de 2013. Lineamientos de Política para el desarrollo de Proyectos de Interés Nacional y Estratégico –PINES–. Recuperado de <https://redjusticiaambientalcolombia.files.wordpress.com/2013/08/documento-conpes-3762-de-2013.pdf>
- CORREA HENAO, M. (2009). *Libertad de empresa en el Estado social de derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- COVILLA MARTÍNEZ, J. C. (2014). Ley de Asociaciones Público-Privadas (APP): ¿Única forma de vinculación del capital privado? En AA.VV., *Estudios sobre el régimen jurídico de las asociaciones público-privadas*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN (DNP). (2010). *Bases del Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014 "Prosperidad para Todos"*. Recuperado de <https://www.dnp.gov.co/Plan-Nacional-de-Desarrollo/PND-2010-2014>

- EL TIEMPO (18 de junio de 2012). "Colombia Humanitaria finaliza su gestión de la emergencia invernal". Recuperado de <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-11954685>
- ELORRIAGA DE BONIS, F. (2009, julio). Las dos hipótesis de objeto ilícito contenidas en el Artículo 1465 del Código Civil. *Revista Chilena de Derecho Privado*, (12), 135-166. Recuperado de http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-80722009000100004&script=sci_arttext
- ESCOLA, H. J. (1989). *El interés público como fundamento del derecho administrativo*. Buenos Aires: Depalma.
- FEDESARROLLO. (2012, octubre). *Comisión de Infraestructura. Informe final*. Bogotá. Recuperado de <http://www.fedesarrollo.org.co/wp-content/uploads/2011/08/Comisi%C3%B3n-de-Infraestructura-Informe-October-2012.pdf>
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T.-R. (2004a). *Curso de Derecho Administrativo* (t. I, 12.ª ed.). Madrid: Thomson-Civitas.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T.-R. (2004b). *Curso de Derecho Administrativo* (t. II, 9.ª ed.). Madrid: Thomson-Civitas.
- GARCÍA MAYNEZ, E. (1977). *Introducción al estudio del derecho* (27.ª ed.). México: Porrúa.
- GARRIDO FALLA, F., PALOMAR OLMEDA, A. y LOSADA GONZÁLEZ, H. (2006). *Tratado de Derecho Administrativo* (vol. I —Parte general—, 15.ª ed.). Madrid: Tecnos.
- HENAO HIDRÓN, J. (2001). *Panorama del Derecho Constitucional colombiano* (12.ª ed.). Bogotá: Temis.
- HERNÁNDEZ BETANCUR, L. F. (2011). *Régimen jurídico de las fajas de retiro vial —Una mirada de los retiros viales desde la teoría de los bienes de interés público—*, Colección Letras Jurídicas-Monografías, n.º 2 (1.ª ed.). Medellín: EPM E.S.P.
- HERNÁNDEZ BETANCUR, L. F. (2012). Planificación territorial para el desarrollo sostenible. En AA.VV., *Lecturas sobre Derecho del Medio Ambiente* (t. XII). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- HERNÁNDEZ BETANCUR, L. F. (2013, enero-junio). Permisos temporales para la instalación de redes lineales sobre la infraestructura vial. Antecedentes y críticas. *Letras Jurídicas*, 18(1).
- LAMPREA RODRÍGUEZ, P. A. (1996). *Anulación de los actos de la administración pública*. Bogotá: Doctrina y Ley.
- LLERAS DE LA FUENTE, C., ARENAS CAMPOS, C. A., CHARRY URUEÑA, J. M. y HERNÁNDEZ BECERRA, A. (1992). *Interpretación y génesis de la Constitución de Colombia* (1.ª reimpr. de la 1.ª ed.). Bogotá: Cámara de Comercio de Bogotá.
- MARTÍN-RETORTILLO, S. (1988). *Derecho Administrativo Económico* (t. I). Madrid: La Ley.
- MINISTERIO DE TRANSPORTE. (s. f.). Oficina Asesora de Planeación. Grupo de Planificación Sectorial. Diagnóstico del Transporte-2011. Recuperado de <file:///E:/Downloads/DIAGNOSTICO%20TTE%202011%20.pdf>
- ORDUZ, R. (2012, 14 de septiembre). *Colombia en el informe de competitividad global*. Colombia Digital. Recuperado de <http://colombiadigital.net/opinion/columnistas/los-numeros-de-las-tic/item/3777-colombia-en-el-informe-de-competitividad-global.html>
- ORTIZ CASTRO, J. I. (2005). *Aproximación al Estado (Derecho Constitucional General)* (5.ª ed.). Medellín: Universidad de Medellín.
- PALACIOS MEJÍA, H. (1999a). *El derecho de los servicios públicos*. Bogotá: Derecho Vigente.
- PALACIOS MEJÍA, H. (1999b). *La economía en el derecho constitucional colombiano* (2.ª ed.). Bogotá: Derecho Vigente.

- PARADA, R. (2000). *Derecho Administrativo* (t. III —Bienes Públicos y Derecho Urbanístico—, 8.ª ed.). Madrid: Marcial Pons.
- PAREJO ALFONSO, L. (2009). *El concepto del derecho administrativo. Serie Derecho Administrativo*, n.º 1 (2.ª ed.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia-Editorial Jurídica Venezolana.
- POSNER, R. (2007). *El análisis económico del derecho* (2.ª ed.). México: Fondo de Cultura Económica.
- REVISTA SEMANA. (26 de diciembre de 2011). "Desde que me posesioné, estoy debajo de un paraguas: Mintransporte". Entrevista al entonces Ministro de Transporte, Germán Cardona. Recuperado de <http://www.semana.com/Imprimir/251185>
- RIVERO ORTEGA, R. (2007). *Derecho Administrativo Económico* (4.ª ed.) Madrid: Marcial Pons.
- RODRÍGUEZ, L. (18 de abril de 2011). "Es la peor ola invernal de los últimos años en Colombia". *El Heraldó*. Recuperado de <http://web-sinproxy.elheraldo.co/nacional/es-la-peor-ola-invernal-de-los-ultimos-anos-en-colombia-presidente-santos-17554>
- ROEMER, A. (2008). *Introducción al análisis económico del derecho* (4.ª reimpr. de la 1.ª ed.). México: Fondo de Cultura Económica.
- ROJAS RODRÍGUEZ, G. (s. f.). *Plan 2500: Expectativas y Realidades*. Universidad Pontificia Bolivariana. Sede Bucaramanga. Recuperado de <http://apuntesdeinvestigacion.upbnga.edu.co/wp-content/uploads/Plan-2500-Expectativas-y-realidades.pdf>
- SAMPER, J. M. (1951). *Derecho Público Interno de Colombia —Comentario científico de la Constitución de 1886—* (t. II). Bogotá: Biblioteca Popular de Cultura Colombiana-Ministerio de Educación Nacional.
- SÁNCHEZ TORRES, C. A. (2004). *Acto Administrativo —Teoría General—* (3.ª ed.). Bogotá: Legis.
- SANTAELLA QUINTERO, H. (2010). *El régimen constitucional de la propiedad privada y sus garantías en Colombia. Análisis fundamentado en el estudio de la garantía de la propiedad privada en los ordenamientos constitucionales alemán y español* [Tesis doctoral]. Universidad Autónoma de Madrid, Madrid.
- SANTAMARÍA PASTOR, J. A. (2009). *Principios de Derecho Administrativo General* (t. II, 2.ª ed.). Madrid: Iustel.
- SANTOFIMIO GAMBOA, J. O. (2003). *Tratado de Derecho Administrativo* (t. II —Acto Administrativo. Procedimiento. Eficacia y Validez—, 4.ª ed.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- SANTOFIMIO GAMBOA, J. O. (2004). *Tratado de Derecho Administrativo* (t. IV —Contratación Indebida—). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- STIGLITZ, J. E. (2000). *La economía del sector público* (3.ª ed.). Madrid: Antoni Bosch.
- TAVERA MORA, A. N. (25 de julio de 2012). *Confianza inversionista. Inversión extranjera directa en Colombia. Sector Infraestructura de Transporte. Período 2002-2010*. Recuperado de <http://repository.urosario.edu.co/bitstream/handle/10336/3839/1136880920%20-%202012.pdf?sequence=1>
- URIBE VÉLEZ, Á. (s. f.). *Manifiesto Democrático*. Recuperado de <http://centromemoria.gov.co/manifiesto-democratico-100-puntos-alvaro-uribe-velez/>
- VALENCIA ZEA, A. y ORTIZ MONSALVE, Á. (2000). *Derecho Civil* (t. I —Parte General y Personas—, 15.ª ed.). Bogotá: Temis.
- VÉLEZ RODRÍGUEZ, A. (2001). *El ordenamiento jurídico y sus fuentes formales en Colombia*. [Documento de trabajo inédito]. Curso de Introducción al Derecho. Universidad de Medellín, Medellín.
- VILA CASADO, I. (2009). *Fundamentos del Derecho Constitucional Contemporáneo* (2.ª reimpr.). Bogotá: Legis.
- VILLAR PALASÍ, J. L. y VILLAR EZCURRA, J. L. (1999). *Principios de Derecho Administrativo* (t. II, 4.ª ed.). Madrid: Universidad Complutense de Madrid.

WIESNER DURÁN, E. (1997). *La efectividad de las políticas públicas en Colombia. Un análisis neoinstitucional*. Bogotá: Departamento Nacional de Planeación (DNP).