



**EXPROPIACIONES Y LIBERACIÓN
DE INTERFERENCIAS**
Las trabas frente a la realidad

IIG

INFRAESTRUCTURA
INSTITUCIONALIDAD
Y GESTIÓN

Las adquisiciones, las expropiaciones, las liberaciones y el saneamiento físico y legal de predios, junto con la liberación de interferencias son las mayores trabas para el avance de las obras en asociaciones público privadas (APP) y en obras públicas. Generan años de atrasos, frustran a la ciudadanía y se atribuyen a fallas de la gestión pública. Lo usual ha sido que el concedente, que representa al Estado en las APP, o alguna entidad del Estado designada, esté a cargo de lograr el saneamiento físico y legal, ejecutar las adquisiciones o las expropiaciones que resulten necesarias, y conseguir que las empresas de servicios públicos, o los titulares de las interferencias, liberen las interferencias prontamente.

En los contratos de APP se exige usualmente el saneamiento físico y legal y la adquisición o la expropiación de los predios como condición previa para que el beneficiario / concesionario pueda recibir los terrenos y ponga en marcha o continúe las obras paralizadas por las demoras. Exigir el saneamiento físico y legal previo de los predios necesarios, origina grandes demoras en obras lineales como carreteras o líneas del Metro, pero también en obras puntuales como puertos o aeropuertos.

La expropiación de predios es tan engorrosa que para acelerarlas en las APP se dictaron normas de vía rápida que tuvieron un impacto limitado.

En el país alrededor del 70% de las propiedades no están registradas, porque la inscripción en registros no es obligatoria ni exigible para constituir derecho de propiedad, y porque los catastros de las propiedades son de cobertura limitada y dudosa calidad.

Esto se traduce en gran cantidad de predios ocupados por poseedores precarios, cuyos propietarios y sus linderos son difíciles de identificar

Para enfrentar esta situación, se dictó el DU 003-2020 (en adelante el DU) que establece disposiciones extraordinarias que agilizan la adquisición y la liberación de áreas necesarias para la oportuna ejecución de obras de infraestructura y de servicios públicos incluidos en el Plan Nacional de Infraestructura para la Competitividad y en el Plan Integral de Reconstrucción con Cambios.

Las disposiciones del DU se enfocan en la desocupación y liberación de predios, y la toma de posesión y entrega al beneficiario para agilizar las obras sin que sea necesario haber iniciado o concluido la adquisición o expropiación y el saneamiento físico y legal del predio. Esta agilización puede dar resultados y acarrear algunas complicaciones.

Descripción del DU y sus principales alcances

(comentarios en recuadros)

Ante las deficiencias catastrales y la falta del registro de las propiedades, el DU estipula que para desocupar y liberar un área el Sujeto Activo (ministerio, gobierno regional, o gobierno local responsable de trámites bajo el DU) procederá a identificar el inmueble y a su poseedor, quien deberá acreditar posesión mayor a un año anterior a la entrada en vigencia del DU. Si el poseedor no puede efectuar la acreditación requerida, se procederá a la ejecución coactiva y desocupación forzosa del inmueble.

Este es un tema complejo que se presta a que los traficantes de tierras medren, utilizando notarios y jueces de paz que acogen trámites fraudulentos. Habría que ajustar el procedimiento y otorgar unas cuantas semanas de plazo para la acreditación de la posesión mayor a un año.

Una vez identificados los terrenos necesarios para la ejecución de la obra de infraestructura, el Sujeto Activo solicita la anotación preventiva a la SUNARP en el registro de la propiedad, en el caso que el predio o predios necesarios se encuentren inscritos. Alternativamente, si los predios no se hallasen inscritos, el registrador procede a abrir una partida registral provisional en la que se extiende una anotación preventiva con una vigencia de 5 años.

Luego, el DU establece plazos perentorios para compensar al poseedor mediante un pago único y extraordinario regulado por Resolución Ministerial, para que proceda a la entrega voluntaria o forzosa de la posesión del inmueble, desocupándolo tras el pago o tras la consignación del monto respectivo, según sea el caso.

La compensación económica al poseedor no forma parte del valor de tasación por la adquisición del inmueble, que es pagadera al Sujeto Pasivo de la expropiación, que puede ser el propietario reconocido, distinto al poseedor. Aceptada la compensación, el poseedor tiene hasta 10 días hábiles para la entrega del inmueble si se encuentra desocupado, y 20 días hábiles si se encuentra ocupado.

Vencido el plazo de 5 días hábiles para aceptar la compensación económica, o ante el rechazo de la misma -previa consignación judicial del monto total de compensación económica- el Sujeto Activo solicita al ejecutor coactivo el desalojo para tomar posesión del inmueble.

Cuando no sea posible la identificación del Sujeto Pasivo por tratarse de una propiedad no inscrita o por falta de información que lo acredite, el Sujeto Activo prosigue con el procedimiento de toma de posesión, quedando a salvo el derecho de terceros a recibir el pago correspondiente.

Esta es una contingencia judicial que puede tener serio impacto a futuro sobre el Sujeto Activo o los inversionistas en una APP. Para neutralizarla, cabría precisar que el valor estimado o de tasación del inmueble debe permanecer referenciado a la fecha de toma de posesión del mismo, o lograr fallos en procesos abreviados

En el caso de inmuebles inscritos, el Sujeto Pasivo acredita su derecho de propiedad mediante documento de fecha cierta, y si existiera un proceso judicial o arbitral donde se discute la propiedad del bien, conforman el Sujeto Pasivo quienes consten en el registro respectivo y sean partes del litigio.

En el caso de inmuebles no inscritos, el Sujeto Pasivo es el poseedor con más de diez años de antigüedad que tenga título de posesión inscrito, o cuya posesión se haya originado en mérito a resolución judicial o administrativa.

Esto es peligroso. Con un abogado, notario y juez de paz cómplices se podría conseguir título de posesión o resolución judicial de fecha conveniente. Debiera, en lo posible, acotarse el procedimiento para evitar este riesgo latente.

El valor del perjuicio económico incluye la indemnización, que comprende únicamente al lucro cesante y el daño emergente. Recibida la tasación, el Sujeto Activo envía al Sujeto Pasivo en el plazo máximo de 20 días hábiles una carta de intención de adquisición, pudiendo adicionar un 20 % del valor comercial del inmueble en caso el Sujeto Pasivo acepte el trato directo.

Puede darse el caso que el Sujeto Pasivo debidamente identificado, al estar en desacuerdo con el monto de la indemnización justipreciada consignada a su favor, recurra a los tribunales y que estos, años después, le reconozcan un monto superior resultante de las mejoras introducidas por las obras o del cambio de uso de los terrenos. Esta es una contingencia enorme. Debiera estipularse que la tasación del inmueble debe permanecer referenciada a la fecha de la consignación de la indemnización o lograr fallos en procesos abreviados.

El DU también establece un procedimiento simplificado para la liberación de Interferencias que traban la ejecución de obras de infraestructura, y autoriza un procedimiento expeditivo para que las empresas prestadoras de servicios públicos o titulares de las interferencias puedan proceder con prontitud a contratar tanto los servicios de consultorías de obras como las obras destinadas a la liberación de las interferencias.

ProInversión entra en escena

Expropiaciones

ProInversión publicó la primera versión del contrato estándar de APP (en adelante el Contrato Estándar), para recibir comentarios. Allí se tocan las expropiaciones o adquisiciones de predios, su saneamiento físico y legal, y la liberación de interferencias necesarios para avanzar con las obras. Veamos la compatibilidad del DU y el Contrato Estándar, así como las posibles complicaciones sobre estas materias en el Contrato Estándar.

Cabe precisar que el DU alcanza solo aquellos proyectos de APP u obras públicas declarados de necesidad pública y listados (14 proyectos viales en 12 regiones), mientras que el Contrato Estándar se aplica solo a APP.

En el Contrato Estándar se presentan 4 escenarios sobre expropiaciones.

Escenario 1. Todos los predios son adquiridos y saneados por la Entidad con anterioridad a la fecha del cierre comercial de la APP adjudicada.

Aquí se incluyen dos sub escenarios, según el momento en que se suscriba el acta de recepción de los predios. El primero, con suscripción antes del cierre comercial, lo que resulta ilusorio en obras lineales y bastante difícil en obras puntuales grandes. El segundo, con suscripción en un plazo máximo de días hábiles contados a partir de la fecha del cierre comercial, siendo el caso que el MTC acaba de anunciar, por ejemplo, que la liberación de terrenos (que no necesariamente implica su expropiación y saneamiento físico y legal) para la ejecución del Anillo Vial Periférico tardaría 6 años una vez adjudicado el proyecto, por tratarse de una obra compleja.

Escenario 2. Todos los predios se encuentran en posesión de la Entidad antes del cierre comercial, pero no todos los predios cuentan con el saneamiento físico legal correspondiente.

Si se buscara tener todos los predios en posesión de la Entidad antes del cierre comercial, la demora podría conducir a que dicho cierre se postergue indefinidamente. Esto se cubre en el Contrato Estándar abriendo la posibilidad de suscribir el Acta de Recepción Inicial de predios en posesión de la Entidad luego de la fecha del cierre comercial, y además otorgando a la Entidad una cantidad de días hábiles posteriores a la fecha del cierre comercial para obtener el saneamiento físico y legal de todos los predios en el Acta de Recepción Inicial.

Escenario 3. Los predios no se encuentran en posesión de la Entidad o se encuentran parcialmente en posesión de la Entidad y pueden o no contar con el saneamiento físico legal correspondiente.

Este escenario es realista, y el DU sería puesto a prueba. Una vez más, se otorga holgura a la Entidad para que el Acta de Recepción Inicial se suscriba luego de la fecha del cierre comercial, y se estipula que los denominados "predios faltantes", que deberán contar con su saneamiento físico y legal para ser entregados por la Entidad, serán identificados y determinado su plazo máximo de entrega en forma conjunta entre las partes tras la aprobación del EDI. Cada uno de los predios faltantes puede ser entregado por separado por la Entidad al Inversionista, y solo si ocurrieran atrasos que afecten la ruta crítica del proyecto se generaría un evento de compensación.

Escenario 4. Todos los predios son obtenidos por el Inversionista por encargo, cuenta y riesgo de la Entidad. Aquí se plantean dos sub escenarios alternativos:

4.1. La Entidad reconoce al Inversionista los costos derivados de la obtención de los predios.

En este sub escenario el Inversionista debe rendir cuenta de lo gastado y presentar su liquidación final por gestión predial para que sea aprobada por el supervisor y luego por la Entidad. Sin embargo, la incertidumbre del reconocimiento de lo gastado, puede disuadir a los inversionistas, considerando lo complicado que resulta actualmente lograr que se aprueben adendas por demoras derivadas del saneamiento físico y legal de los predios y sus expropiaciones, pese a la normativa específica de vía rápida preexistente.

4.2. El Inversionista incorpora los costos derivados en su oferta.

En este sub escenario la Entidad trasladaría todo el riesgo de precios y demora de las expropiaciones al Inversionista. Aquí el Inversionista tendrá que entregar a la Entidad un plan de obtención de predios que incluya la identificación de los mismos, el cronograma de obtención y de su saneamiento físico y legal, y el presupuesto referencial. Además el Inversionista deberá haber obtenido y formalizado la entrega de un % establecido de los predios necesarios, antes del inicio de la fase de construcción.

Aquí no será necesario que al momento de la entrega de predios obtenidos por el Inversionista estos cuenten con su saneamiento físico y legal, sin embargo el Inversionista tendrá que asumir este riesgo y responsabilidad. El problema para el Inversionista es que asumir la responsabilidad por las demoras resulta complicado porque es un riesgo difícil de estimar, de modo que su valorización puede ser alta y encarecer el proyecto; o puede prestarse a ofertas temerarias que exprofeso subestimen el riesgo y terminen en controversias judiciales o proyectos en riesgo de abandono, o propicien que los contratos se conviertan en oportunidades para la corrupción de funcionarios.

En los sub escenarios 4.1 y 4.2 para que proceda el reembolso o el reconocimiento de costos de la obtención de los predios, el Inversionista debe presentar a la Entidad una liquidación final por gestión predial, que debe contar con la conformidad del supervisor y ser aprobada por la Entidad; y en caso esto último no ocurra la controversia se someterá a un peritaje técnico.

Liberación de interferencias

En el Contrato Estándar de APP, se toca también el tema de la liberación de interferencias y se presentan 3 escenarios.

Escenario 1. Se cuenta con catastro y el costo del levantamiento de interferencias lo asume el Inversionista, a su riesgo, costo y cuenta. Además se estipula que en caso el Inversionista no cumpla con los plazos establecidos en el cronograma de levantamiento de interferencias y se imposibilite la ejecución de las obras o la prestación del servicio, se aplicarán penalidades al Inversionista o se terminará anticipadamente el contrato, previo acuerdo entre las partes.

En este escenario, el riesgo puede ser alto para el Inversionista pues el catastro es usualmente deficiente e incompleto, y la posibilidad de contar con la colaboración expeditiva de los titulares de las interferencias suele ser baja. El incorporar este riesgo a los precios ofertados puede encarecer el proyecto.

Escenario 2. No se cuenta con catastro y el costo y riesgo del levantamiento de interferencias se asume en forma compartida entre la Entidad y el Inversionista, según porcentajes establecidos en el Contrato. En este escenario, el Inversionista tiene que demostrar los costos incurridos para el levantamiento de las interferencias y presentarlos al supervisor y a la Entidad para su aprobación, y en caso los gastos no sean aprobados, la controversia se someterá a peritaje técnico.

Adicionalmente, en este mismo escenario, en caso se identifiquen interferencias adicionales durante la fase de construcción, se presentan dos sub escenarios:

2.1 El Inversionista asume el costo del levantamiento de las interferencias adicionales; o

2.2 El Inversionista y la Entidad comparten el costo del levantamiento de las interferencias adicionales. En general, en caso surgieran controversias sobre aspectos técnicos o de hecho, asociados a interferencias, las partes someterán tales controversias a peritaje técnico que tendrá carácter definitivo y vinculante para las partes.

Escenario 3. No se cuenta con catastro y el costo del levantamiento de interferencias lo asume la Entidad. En este escenario, durante la fase de diseño el Inversionista debe identificar todas las interferencias en el sitio, señalar un cronograma de levantamiento de interferencias y estimar su costo preliminar. Luego las partes suscribirán el inventario final de interferencias, incluyendo su cronograma y costo de levantamiento. El levantamiento de las interferencias será ejecutado y financiado por el Inversionista, no obstante la Entidad asumirá el riesgo de la falta de levantamiento y el costo respectivo.

Para el reconocimiento de los costos, el Inversionista presentará al supervisor una liquidación final para su conformidad, y la subsecuente aprobación por la Entidad. En caso de rechazo de la liquidación final por levantamiento de interferencias, el Inversionista podrá someter tal controversia a peritaje técnico.

Esto es complejo, porque aunque la Entidad asuma el costo, el Inversionista no necesariamente conseguirá que la empresa prestadora del servicio público o el titular de la interferencia brinde las facilidades del caso y colabore con prontitud. Asumir riesgos derivados de faltas del catastro y asumir responsabilidades que dependen a tal grado de otros, no es nada sencillo.

En términos generales, en lo relativo a los temas materia del presente Informe, el Contrato Estándar de APP busca trasladar la mayor cantidad de riesgos posibles, antes asumidos por la Entidad, al Inversionista, así como reemplazar la frecuente discusión de adendas para compensar demoras con pagos a favor del Inversionista, por peritajes técnicos para reconocerle gastos al Inversionista. Se aprecia cierta asimetría en el Contrato Estándar, con condiciones más exigentes para el Inversionista.

Se puede dar vuelta a la torta pero no es así de sencillo

En conclusión, la intención del Contrato Estándar de plantear escenarios donde el Inversionista asume el riesgo que venía asumiendo la Entidad por las dificultades y demoras en expropiaciones, saneamiento físico y legal, liberación de interferencias y demás, es comprensible y se aplica en otras latitudes.

Pero es muy distinto para un Inversionista cuantificar realísticamente y asumir tales riesgos en países con registros de propiedades y catastros confiables que cubren su territorio, sin ocupantes precarios o propietarios inubicables, con interferencias mapeadas a cargo de empresas de servicios públicos eficaces, donde hay imperio de la Ley; versus asumirlos en un país como el nuestro, donde usualmente se sabe cuándo empieza la obra pero no se sabe cuándo podrá terminar debido a las deficiencias en el registro de las propiedades y los catastros, el mapeo incompleto de las redes que interfieren con la obra, y la falta de imperio de la Ley.

Para que propuestas bien intencionadas como las del DU 003-2020 y del Contrato Estándar de APP den resultado, hay una gran tarea pendiente que es introducir cambios al régimen de registro de la propiedad inmueble. Urge institucionalizar y establecer, de aquí en adelante, el registro obligatorio de las compraventas de inmuebles para constituir derecho de propiedad, y promover y facilitar el registro progresivo, en los años siguientes, de los inmuebles anteriormente transados.

Resulta igualmente imprescindible establecer un plazo de 3 a 5 años, para actualizar, completar y después mantener actualizado el catastro de las propiedades estatales, comunitarias y privadas

Estamos ante normas y propuestas de difícil aplicación porque las limitaciones de la realidad son grandes, siendo necesario encarar y corregir los aspectos críticos de la realidad que impiden lograr los resultados deseados.

En temas como las APP, con contratos complejos de larga duración y gran diversidad de complicaciones según el tipo de obra, no es posible preverlo todo en un contrato estándar que, en última instancia, apunta a evitar las adendas.

Antes bien, para minimizar la necesidad de adendas, se debieran establecer criterios objetivos, traducidos en estándares de preparación de proyectos en aspectos críticos (entre ellos expropiaciones, saneamiento de predios, liberación de interferencias y demás temas materia del presente informe) para concursar los proyectos una vez que alcancen el grado de madurez deseada.

Febrero 2020