

Las concesiones 5G como instrumento para la reactivación del sistema ferroviario en Colombia mediante el esquema de asociaciones público-privadas

JUAN SEBASTIÁN TINOCO FRANCO¹

RESUMEN

Desde la década de los noventa, la figura de la concesión ha sido medular para el desarrollo de la infraestructura de transporte en Colombia. Los primeros tres modelos de concesiones viales se implementaron, primigeniamente, con el propósito de fomentar el modo carretero de transporte. Más adelante, las concesiones de cuarta generación pusieron en marcha el esquema de asociaciones público-privadas, lo que propició un progreso sin precedentes, aun cuando el enfoque continuó dirigido a las carreteras. Así, en este texto analizaremos las novedosas concesiones 5G, que amplían el

1 Especialista en Contratación Estatal de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia. Abogado en Expósito Abogados S.A.S. Correo-e: Juan.tinoco@est.uexternado.edu.co. Enlace Orcid: <https://orcid.org/0009-0009-5072-2849>. Fecha de recepción: 28 de febrero de 2025. Fecha de modificación: 8 de mayo de 2025. Fecha de aceptación: 12 de mayo de 2025. Para citar el artículo: Tinoco Franco, Juan Sebastián, "Las concesiones 5G como instrumento para la reactivación del sistema ferroviario en Colombia mediante el esquema de asociaciones público-privadas", *Revista digital de Derecho Administrativo*, Universidad Externado de Colombia, n.º 34, 2025, pp. 175-201. DOI: <https://doi.org/10.18601/21452946.n34.07>.

espectro de aplicación de las APP a otros sistemas distintos al carretero, como es el ferroviario.

Palabras clave: contrato estatal, asociaciones público-privadas, Project Finance, concesión, ferrocarril.

5G Concessions as an Instrument for the Reactivation of the Railway System in Colombia Through the Public-Private Partnership Scheme

ABSTRACT

Since the 1990s, the concession model has been central to the development of transportation infrastructure in Colombia. The first three generations of road concessions were initially implemented with the aim of promoting the highway mode of transport. Later, the fourth-generation (4G) concessions introduced the Public-Private Partnership (PPP) model, which led to unprecedented progress, even though the focus remained on roads. In this context, this paper analyzes the innovative 5G concessions, which expand the scope of PPPs to systems beyond highways—such as the railway sector.

Keywords: Public Contract, Public Private-Partnerships, Project Finance, Concession, Railway.

INTRODUCCIÓN

Está constatado que iniciada la República —en la década de 1820— el sistema de transporte en Colombia era en demasía precario². Las gentes se transportaban, por regla general, mediante mulas y pequeñas embarcaciones, lo que generaba una suerte de fragmentación cultural, así como dificultades en la estimulación del comercio interior³. La solución radicó, en un primer momento, en la construcción de ferrocarriles por medio del sistema de concesiones, delegando así al sector privado para la consecución de dicha

2 Álvaro Pachón y María Teresa Ramírez, *La infraestructura de transporte en Colombia durante el siglo XX*, Bogotá: Fondo de Cultura Económica - Banco de la República, 2006, pp. 3-5.

3 *Ibid.*

tarea y otorgándose, a su vez, la posibilidad de explotar económicamente el activo por los años que para el efecto se determinaren. Al principio, el foco estuvo en conectar el interior con los puertos, utilizando para ello el río Magdalena, esto es, el ferrocarril como un complemento del sistema de transporte fluvial⁴.

Podría decirse que a inicios del siglo XX se dio el *boom* del sistema férreo, particularmente, como veremos, en el gobierno de Pedro Nel Ospina, cual tuvo la fortuna de recibir la indemnización americana por la separación de Panamá. No obstante, desde mediados de 1930 y hasta hoy, por razones de diferente estirpe, los ferrocarriles experimentaron un declive significativo que ha paralizado su desarrollo. Para la muestra, la ley que regula este sistema detenta 100 años de antigüedad⁵.

Así pues, en reemplazo de los ferrocarriles, los gobiernos de la República Liberal (1930 en adelante) decidieron dar primacía al modo carretero de transporte, enfocando de esa manera la inversión pública en el fortalecimiento de la infraestructura vial. Ahora bien, para efectos de vincular capital privado a este esfuerzo, en la década de los noventa se implementó la política de concesiones 1G y, en adelante, la 2G, 3G, hasta llegar a la 4G en 2013 que integra el modelo de asociaciones público privadas (APP) establecido por la Ley 1508 de 2012 y sus normas complementarias.

Hoy, luego de un modesto progreso en materia de infraestructura carretera mediante el modelo de APP, el Gobierno echó la vista atrás –mediante Conpes 4160 de 2021– a la intermodalidad en materia de transporte, priorizando para lo pertinente, la instauración de nuevos métodos de financiación que tuvieran en cuenta las particularidades de cada modelo. En este artículo concentraremos nuestros esfuerzos en analizar el avance del sistema ferroviario que desde 2021 cuenta con el respaldo –y la atención– del Gobierno nacional.

Es por ello que, en primera medida, esbozaremos someramente algunos aspectos históricos sobre el particular. En segunda medida, estudiaremos la concesión como tipología contractual en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (ECCAP). En tercera medida, revisaremos las primeras tres generaciones de concesiones viales en Colombia, sus características y vicisitudes. En cuarta medida, examinaremos las novedades de la Ley 1508 de 2012 contentiva del modelo de APP, tanto en sus aspectos jurídicos, como de financiación. En quinto lugar, integraremos todo lo anterior para el correcto entendimiento de las nuevas concesiones 5G cuyo énfasis es la intermodalidad en materia de transporte, así como otros aspectos ambientales y sociales. En sexto lugar, miraremos el desarrollo de

4 *Ibid.*, p. 5.

5 *Ibid.*, p. 30.

la política ferroviaria en Colombia con el fin último de delinear el proyecto piloto de la reactivación ferroviaria, a saber, el tramo La Dorada-Chiriguaná.

1. MARCO GENERAL

La noción de *derecho administrativo* como instrumento jurídico dinámico y adaptable a la realidad social no es de menor relevancia⁶. Así, en respuesta a determinadas circunstancias —siempre cambiantes— se ha permitido la mutación de un sinnúmero de procedimientos y figuras⁷ que, en el caso de la infraestructura de transporte, se traducen en la consolidación de un progreso moderado dentro del sector.

Como es sabido, la competencia gerencial del Estado es en extremo limitada. La indiscriminada asignación de funciones al aparato administrativo ha redundado en ineficiencia y congestión burocrática. Por ello, el Constituyente de 1991, muy inteligentemente, optó por ampliar el margen de acción del *particular* dentro de la consecución de estos propósitos superiores, formulando para tales efectos una percepción del sujeto privado como verdadero colaborador de la Administración —que no mero contratista—, cuestión que celebramos.

En efecto, para el tema que nos convoca, resulta imperativo mencionar que la idea moderna de *financiación privada en proyectos públicos* encuentra su génesis en 1992, año en que el gobierno conservador de John Mayor, en el Reino Unido, enfrentaba inconvenientes en materia fiscal. Con lo cual, se presentó la conocida Private Finance Initiative (PFI), cuyo propósito era recortar el gasto público sin mermar la ejecución de grandes proyectos de infraestructura en la nación o, en términos más precisos, aprovechar el financiamiento, profesionalismo y experiencia de los privados en materia de obras públicas sin necesidad de acudir a las arcas estatales. La razón: la gran mayoría del componente “remuneración” provendría directamente de los frutos del proyecto.

Es menester señalar, no obstante, que, en materia ferroviaria, la figura de la “concesión” fue utilizada en Colombia desde mediados del siglo XIX, esto es, desde los orígenes mismos del sistema en nuestro país. La instauración del ferrocarril, de acuerdo con Meisel Roca, respondió a un interés de la clase gobernante por reducir los costos de transporte para efectos de

6 Jorge Iván Rincón, *Teoría de la organización administrativa*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2018.

7 Juan Carlos Expósito Vélez, “La historia de la contratación administrativa y su recepción en Colombia”, en *Dimensión general del contrato estatal en Colombia y su impacto en la internacionalización de la compra pública*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2023.

exportación⁸. En efecto, es bien conocida la historia del cubano Francisco Cisneros como precursor de este sistema, a quien hoy tildaríamos de "mega contratista del Estado". En el periodo federal, el gobierno de Antioquia –en cabeza de Pedro Justo Berrío– contrató a Cisneros para la construcción de la vía férrea entre Puerto Berrío y Medellín, cuyo propósito era conectar a esta última ciudad con el río Magdalena. En palabras de Correa Restrepo, se trató de una "concesión para explotación durante cincuenta y cinco años con privilegio exclusivo durante treinta años"⁹ que, por medio de Cisneros y sus inversionistas, logró una importante vinculación de capital privado¹⁰.

En el siglo XX, específicamente en la presidencia de Pedro Nel Ospina, hubo una convergencia de elementos y factores que permitieron una adecuada inversión en infraestructura. En primer lugar, Estados Unidos pagó a Colombia 25 millones de dólares con ocasión de la separación de Panamá; en segundo lugar, hubo un aumento considerable de los precios del café y; en tercer lugar, el acaecimiento de la Misión Kemmerer generó un ambiente de confianza para el inversionista extranjero¹¹. Adicionalmente, de acuerdo con Meisel, Ramírez y Jaramillo, hubo gran afluencia de aprobación de créditos utilizados primordialmente para la construcción de ferrocarriles; incluso, 16 de los 25 millones recibidos por concepto de la separación de Panamá fueron destinados al desarrollo de este sistema¹².

De lo anterior, es dable inferir que, para la época, el modo ferroviario era de gran interés para el fomento de la infraestructura de transporte en el país, sobre todo, teniendo en cuenta que algunas figuras contractuales como la concesión permitían un desembolso menor de recursos públicos. Empero, el impacto de la crisis económica mundial (Gran Depresión) fue mayúsculo en Colombia. La inversión en infraestructura decreció de 8,3 %

8 Adolfo Meisel Roca, "Caminos hacia el mar; los ferrocarriles en el Caribe Colombiano 1871-1950", VII Congreso de Historia Ferroviaria, 2017.

9 Juan Correa, "El ferrocarril de Antioquia: Empresarios extranjeros y participación local", *Estudios Gerenciales*, vol. 28, n.º 123, 2012, pp. 149-166.

10 Gabriel Poveda, "El primer ferrocarril en Colombia", *Dyna*, n.º 137, 2002.

11 María Ramírez Giraldo (coord.), *La inversión en infraestructura de transporte y la economía colombiana*, Bogotá: Banco de la República, 2021, p. 8.

12 Adolfo Meisel, María Teresa Ramírez y Juliana Jaramillo, "Muy tarde, pero rentables: Los ferrocarriles en Colombia durante el periodo 1920-1950", *Cuadernos de Historia Económica y Empresarial*, n.º 34, 2014. "El valor de los préstamos obtenidos hasta 1929 ascendió a 257 millones de dólares. Tales fondos se utilizaron principalmente para la construcción de infraestructura pública, en particular los ferrocarriles. Aproximadamente el 45 % de los préstamos extranjeros durante ese periodo fueron invertidos en la construcción de ferrocarriles. Dieciséis de los 25 millones de dólares recibidos por concepto de reparación por Panamá también se invirtieron en ferrocarriles".

del PIB en 1928 a 1,4 % del PIB en 1934^[13] y en ferrocarriles –para este mismo periodo– de 4,6 % del PIB al 0,1 % del PIB¹⁴.

El inicio de la República Liberal en 1930 trajo consigo un enfoque más orientado hacia el modo carretero de transporte que a hoy predomina –de lejos– en Colombia. Ya diría Olaya Herrera que: “las carreteras, en vez de los ferrocarriles, se convertirán en el principal fundamento de la unidad nacional”¹⁵⁻¹⁶. No podemos decir que así fue, por cuanto a pesar de contar con abundantes kilómetros de carreteras seguimos rezagados en materia de infraestructura, inclusive en este modo de transporte, cuyas vías secundarias y terciarias cuentan con una pavimentación deficitaria en más de un 90 %¹⁷.

Así pues, con el pasar de los años, el sistema ferroviario pasó a un segundo plano en materia de inversión y se le dio primacía al modo carretero; no obstante, nuestra asignación de recursos en infraestructura ha sido siempre inferior a lo requerido, rondando apenas entre el 1 % y el 2 % del PIB. Ahora bien, valga señalar que, con el proyecto liberalizador de Barco, Gaviria y la Constitución de 1991 –además de la insuficiencia presupuestal– se inició una búsqueda de integración de capital privado en proyectos de infraestructura, lo que significó el retorno del modelo concesional en Colombia como mecanismo de financiación, el cual, como veremos, no ha estado exento de desafíos¹⁸.

De esta forma, luego de este pequeño repaso, veremos la concesión como tipología contractual –ya no como forma de pago– y sus distintas generaciones, incluyendo la cuarta, como precursora del esquema de APP –Ley 1508 de 2012–, hasta llegar a la quinta, cuyo propósito loable de aspirar a una planeación intermodal de transporte, que respaldamos. De este modo, nos detendremos en las especificidades de esta última generación, haciendo hincapié, por supuesto, en los aspectos jurídicos del modo ferroviario y sus oportunidades de desarrollo.

13 María Ramírez Giraldo, “La inversión en infraestructura de transporte y la economía colombiana”, *op. cit.*, p 10: “La mayor reducción de la inversión ocurrió especialmente en los ferrocarriles, que pasó del 4,6 % del PIB en 1928 a solamente el 0,1 % del PIB en 1934”.

14 *Ibid.*

15 Laura Cardona, *De troncales, carreteras y caminos: Arterias que propiciaron la integración territorial y el desarrollo económico de Colombia, 1930-1946* (tesis de grado), Universidad de Antioquia, Medellín, 2019.

16 María Fernanda Durán, *De la Revolución en Marcha al MRL, estudio del caso: Reivindicaciones de la Revolución en Marcha en la construcción de la política agraria del MRL*, Bogotá: Universidad del Rosario, 2016.

17 María Ramírez Giraldo, “La inversión en infraestructura de transporte y la economía colombiana”, *op. cit.*

18 *Ibid.*

2. LA CONCESIÓN COMO TIPOLOGÍA CONTRACTUAL EN EL ESTATUTO GENERAL DE CONTRATACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

La figura de la "concesión" fue reglamentada como tipología contractual en Colombia con la expedición de la Ley 80 de 1993¹⁹. Así, el artículo 32.4 de dicha normativa señala las características del contrato de concesión, dentro de las cuales se encuentran: (1) la distinción tripartita entre concesión de servicios, de obra y de bienes; (2) la prestación del servicio o funcionamiento de la obra es a cuenta y riesgo del concesionario; (3) sin perjuicio de la vigilancia que debe ejercer la entidad concedente; y (4) hay flexibilidad en la remuneración del contratista, que podrá provenir de tarifas, tasas y valorización, entre otras.

La destacada expresión "por cuenta y riesgo del concesionario" ha sido objeto de abundante discusión, por cuanto su interpretación literal sugiere una asunción integral de los riesgos por parte del concesionario; no obstante, la sentencia de constitucionalidad C-250 de 1996 –aunque tímida– otorga un alcance más o menos claro a dicha expresión estableciendo que: "El concesionario debe asumir, así sea parcialmente, los riesgos del éxito o fracaso de su gestión, y por ello obra por su cuenta y riesgo" de lo que se deduce que, para la llegada a buen puerto del proyecto, se requiere, en principio, de una adecuada distribución de riesgos entre Estado y particular²⁰.

Lo que resulta claro es que, como bien lo señala la emblemática sentencia C-300 de 2012, este tipo de instrumentos jurídicos [la concesión] "promueven el concurso de la inversión privada" para el cumplimiento de los fines estatales, pues incorporan la experiencia y profesionalismo del sector privado, así como sus recursos²¹, aspecto de notable relevancia ante un escenario de insuficiencia de capacidad operativa del Estado.

19 El anterior Estatuto de Contratación de la Administración Pública, Decreto 222 de 1983, la tomaba como forma de pago en contrato de obra. Artículo 82: "De las formas de pago en los contratos de obra. Según la forma de pago, los contratos de obra se celebran [...]. 5. Mediante el otorgamiento de concesiones".

20 Juan Camilo Quiñones, *Contratos de asociación público-privada e infraestructura de transporte*, Bogotá: Legis Editores, 2020.

21 Sentencia C-300 de 25 de abril de 2012, Exp. D-8699: "Pues permiten la realización de importantes obras de infraestructura (vial, energética, de transporte, de telecomunicaciones, etc.) con el apoyo de recursos y conocimientos privados; de este modo facilitan que los recursos públicos se enfoquen en otras necesidades de la actuación estatal. La doctrina expresa que una de las principales motivaciones de la participación privada en proyectos de concesión –especialmente de infraestructura– es obtener mayor valor por el dinero, lo que hace que este tipo de proyectos redunde en ahorros para la entidad contratante y prácticas más eficientes".

Con lo dicho, tenemos que la concesión como tipología contractual integrada al EGCAP facilita la articulación de recursos privados en proyectos de naturaleza estatal. Ahora bien, hay otros pormenores dogmáticos de la mencionada tipología que, ciertamente, no corresponden con el propósito esencial de este texto, sin embargo, vale la pena resaltar que su delimitación conceptual ha generado inagotables disyuntivas, al punto de que autores clásicos como Georges Vedel la cataloguen como una de las instituciones "más vagas del derecho administrativo"²². Lo cierto es que, a nuestro juicio y acudiendo al fundamento histórico de su existencia, la justificación de la presente figura radica –indubitadamente– en dos componentes: la remuneración del contratista y la distribución eficiente de riesgos contractuales.

Finalmente, es de toda la importancia señalar que, en el ámbito de la infraestructura de transporte, la concesión ha sido utilizada en Colombia, nuevamente, como herramienta de política pública por su flexibilidad en cuanto a la vinculación de capitales y el traslado de riesgos que, realizado correctamente, puede beneficiar a todas las partes de la relación contractual y, primigeniamente, a la consecución de los fines del Estado.

3. LAS PRIMERAS TRES GENERACIONES DE CONCESIONES VIALES EN COLOMBIA

3.1. CONCESIONES 1G

Así pues, aterrizando ahora a la concesión como herramienta de política pública, sea menester traer a colación la Ley 105 de 1993 que, en conjunto con la Ley 80 de 1993 y el Conpes 2597 de 15 de junio de 1992 establecieron directrices para el lanzamiento de la primera generación de concesiones

22 George Vedel, *Derecho administrativo*, Madrid: Editorial Aguilar, 1980, p. 708 y ss.: "El término 'concesión' es uno de los más vagos del derecho administrativo. Se emplea para designar operaciones que no tienen gran cosa de común entre ellas, excepto la de tener como base una autorización, un permiso de la Administración. [...] Este sistema de la concesión ha participado muy activamente a lo largo de la historia del moderno equipamiento económico francés. Es lo que ha permitido la instalación de redes ferroviarias, los servicios de distribución de agua, gas y electricidad, los tranvías, etc. Sin embargo, ha entrado en crisis a partir de un cierto momento en que, por razones del propio perfeccionamiento de la concesión, en razón del hecho de que las concesiones se han empleado cada vez más en los sectores en que eran menos rentables, las concesiones se han desequilibrado y la autoridad otorgante ha tenido que intervenir para permitir vivir a los concesionarios. [...] El ejemplo tipo a este respecto, es el de los ferrocarriles. Los ferrocarriles han sido un excelente negocio, muy rentable, en tanto se han explotado las grandes líneas, pero a medida que las redes se han desarrollado, y se han construido líneas transversales o líneas secundaria, la explotación se ha hecho menos rentable".

viales en Colombia motivando, a su vez, la ulterior creación del Instituto Nacional de Vías (Invías) mediante Decreto 2171 del 30 de diciembre de 1992, cuyo objeto sería la ejecución de la política de infraestructura vial a cargo de la nación.

Este documento Conpes 2597 de 1992 del Departamento Nacional de Planeación (DNP) pone en cabeza del concesionario el cobro de peajes, tomándolo como "fuente principal de ingresos para recuperar las inversiones", sin perjuicio de la posibilidad de aportar recursos estatales, siempre que no superaren el 30 % del valor total de la obra. Adicionalmente, esta política pública se abre a la posibilidad de cobrar recursos por valorización de tierras como consecuencia de la construcción de la obra, así como de acudir a la banca internacional.

Amplias son las críticas a esta primera generación de concesiones viales, habida consideración de la deficiente calidad de los diseños soporte que, como es lógico, devenía en retrasos y "desequilibrios" en la etapa de ejecución. Estas concesiones abarcaban la construcción de 1.595 kilómetros de vías y su duración sería de 17 años en promedio²³. Adicionalmente, las entidades erróneamente garantizaban el ingreso pactado, dejando así de lado en su completitud la concepción ya vista de "por cuenta y riesgo del concesionario".

3.2. CONCESIONES 2G

Poco fue el impacto que esta generación de concesiones tuvo sobre el desarrollo material del país toda vez que integra únicamente dos contratos y 470 kilómetros de vías²⁴, sin embargo, se destaca su influencia dentro del proceso evolutivo de la política pública vial en general. En esta oportunidad, se resaltó la importancia de contar con estudios técnicos de ingeniería de manera previa a la construcción, así como de la oportuna adquisición predial y obtención de licencias ambientales. Según voces de Luis Fernando Romero:

La segunda generación de concesiones estuvo orientada a la construcción de segundas calzadas de los accesos a las principales ciudades del país, así como a la construcción de vías de alto tráfico y rehabilitación de las existentes. Se pretendió motivar la inversión privada tanto nacional como internacional en el desarrollo de la infraestructura vial del país, mediante modificaciones e implementación de nuevas políticas tendientes a lograr: un buen sistema de compensación, un esquema de responsabilidades, programación de los proyectos y aspectos de

23 Santiago Fajardo Peña, "Las concesiones de infraestructura como negocios financieros: El valor jurídico de los modelos financieros preparados para su ejecución", *Revista digital de Derecho Administrativo*, n.º 22, 2019, pp. 61-96.

24 *Ibid.*

orden legal y procedimental para ofrecer mejores garantías e incentivos para la participación privada²⁵.

El factor diferenciador de este modelo concesional se encuentra, precisamente, en el plazo variable del contrato condicionado a la obtención de un ingreso esperado. Así, como bien lo ha sostenido Fajardo Peña, había modulador relacionado con la fecha de finalización del contrato que, para estos efectos, respondía a la obtención de este ingreso pactado por las partes²⁶.

Por demás, esta segunda generación de concesiones viales tuvo en cuenta la elaboración de una asignación de riesgos proveniente del Conpes 2775 de 1995^[27], en donde se establece que tanto el riesgo de financiación, como el cambiario y el tributario estarían en cabeza del inversionista privado.

3.3. CONCESIONES 3G

La tercera generación de concesiones viales se materializa con el Conpes 3045 de 1998 y el Conpes 3413 de 2006, los cuales se encargan de realizar un "diagnóstico" de los proyectos de 2G con el objetivo de explorar oportunidades de mejora. Se pretendía vincular la inversión con el nivel de servicio proyectado y, además, optimizar los criterios económicos incorporados en el contrato²⁸.

Como es sabido, la actualización de esta política tiene como finalidad contribuir con el progreso de la nación y, en esa medida, la perspectiva debe ser integral; esto es, no se trata de construir por construir, sino de hacerlo de manera inteligente integrando factores como la producción y la eficiencia. De modo que con las concesiones 3G se implementa el criterio de "corredor", que integra los centros de consumo con los centros de producción, y estos últimos –a su vez– con los puertos²⁹. Asimismo, se adopta el criterio de "operación", cuyo objetivo es buscar: "la identificación de inversiones

25 Luis Fernando Romero, *Concesiones viales: El desarrollo de una solución*, Bogotá: Universidad de los Andes, 2004; Juan Carlos Expósito Vélez, "La responsabilidad precontractual en la actuación contractual del Estado", *Revista digital de Derecho Administrativo*, n.º 27, 2021, p. 73.

26 Santiago Fajardo Peña, "Las concesiones de infraestructura como negocios financieros", *op. cit.*

27 Conpes 2775 de 1995, Participación del sector privado en infraestructura física.

28 Conpes 3045 de 2006: "En los proyectos de la Tercera Generación de Concesiones se busca armonizar las inversiones realizadas con los niveles de servicio esperados y la capacidad de la vía e introducir con mayor contundencia el concepto de operación, así como criterios económicos dentro de la estructuración financiera para garantizar que se cumplan los objetivos del gobierno".

29 *Ibid.*

que produzcan los mayores beneficios en la zona de influencia del proyecto, con el menor costo".

Por último, sea menester resaltar que esta generación de concesiones estableció los conceptos de "alcance básico" y "alcance progresivo", en los que, el primero representaba la consecución del objeto de manera incondicional, mientras que el segundo sería un complemento de las obras contentivas del alcance básico condicionado a la disponibilidad de recursos, el nivel de tráfico, entre otros³⁰.

Para la época se había despojado al Invías de la gestión de las concesiones y se había creado para el efecto el Instituto Nacional de Concesiones (INCO), mediante Decreto 1800 de 2003. Este último ostentaba un papel preponderante en las etapas de estructuración y ejecución del proyecto, así como en la coordinación con el Invías para la efectiva transferencia de conocimientos adquiridos en materia de proyectos públicos³¹. Conviene destacar que esta tercera generación enfrentó muchos problemas concernientes a retrasos motivados por trámites derivados de consultas previas³² y adiciones pactadas bajo la égida del artículo 28 de la Ley 1150 de 2007, posteriormente derogado por el artículo 29 de la Ley 1508 de 2012.

4. EL NACIMIENTO DEL MODELO DE APP Y LAS CONCESIONES 4G EN COLOMBIA

El Proyecto de Ley 160 de 2011, por el cual se establece el régimen de las asociaciones público privadas, se dictan normas orgánicas de presupuesto y se dictan otras disposiciones, constituyó la antesala de la paradigmática Ley 1508 de 2012. Este proyecto de ley estableció la creación de una figura contractual particular para las asociaciones público privadas³³, lo que, según algunos, sugiere la consolidación de una nueva tipología contractual. Así,

30 Conpes 3414 de 2006.

31 Fedesarrollo, *Instituto Nacional de Concesiones (INCO) e Instituto Nacional de Vías (Invías)*, Bogotá: Fedesarrollo, 2006.

32 María Camila Anaya, *El esquema de asociaciones público-privadas en Colombia: ¿La revolución de la infraestructura vial?*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2023, p. 19.

33 Proyecto de Ley 160 de 2011, Senado, p. 12: "Se pone a consideración del honorable Congreso de la República un proyecto de ley que trata de recoger las mejores experiencias a nivel internacional en materia de asociaciones público-privadas; se combinan la experiencia chilena, peruana, mexicana, de los Estados Unidos, de Australia y de muchos otros lugares del mundo de cuyas experiencias y legislaciones se ha tratado de adaptar lo mejor [...]. El proyecto es un texto sencillo que trata de establecer reglas precisas y claras para el desarrollo de las asociaciones público-privadas [...], se limita a desarrollar una figura contractual particular para las asociaciones público-privadas que permita atraer el capital privado local e internacional en un marco jurídico estable".

siguiendo esta línea, la definición confeccionada por el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) señala que las APP son:

Un contrato a largo plazo entre un ente privado y una entidad gubernamental para proporcionar un activo y un servicio, en el que el ente privado asume de manera significativa los riesgos inherentes al proyecto, es responsable de la gestión, y la remuneración está vinculada al desempeño³⁴.

Rechazamos esta tesis y, por el contrario, creemos que las APP constituyen una herramienta de estimulación para la inversión privada, cuya forma de materializarse, en términos contractuales, es la concesión de la Ley 80 de 1993, por supuesto, con los tintes de especialidad otorgados por la Ley 1508 de 2012. Esta visión ha sido expuesta por Santofimio e Ibagón con el título de "concesionalización de las APP"³⁵⁻³⁶.

De esta forma, más allá de la discusión jurídica sobre si es o no una nueva tipología contractual, lo que resulta ostensible es que, como dictamina el artículo 1.º de la Ley 1508 de 2012, las APP son un instrumento de vinculación de capital privado y, en esa medida, dicho esquema deberá contener los incentivos adecuados para que la construcción, la operación, el

34 Banco Interamericano de Desarrollo, *Asociaciones público-privadas: Retos, lecciones aprendidas y soluciones innovadoras en América Latina y el Caribe*, 2020. Disponible en: <https://cursos.iadb.org/es/temas/desarrollo-instituciones/asociaciones-publico-privadas-retos-lecciones-aprendidas-soluciones-innovadoras-en-america>.

35 Jaime Orlando Santofimio y Mónica Liliana Ibagón, *Las asociaciones público-privadas en Colombia y en el derecho administrativo internacional*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2018. "En la configuración de la regulación de las APP persiste el recurso al contrato de concesión como técnica jurídica clásica de vinculación de capital privado influido por el derecho continental de tradición francesa. En este apartado se mostrará que la relación entre el contrato de concesión y las APP no solo consiste en que ambos tengan elementos esenciales comunes, como su objeto genérico y específico (1), sino que más aún, es posible afirmar que la concesión es el único contrato que reúne todos los elementos de las APP exigidos por el ordenamiento jurídico colombiano (2). A esta característica de la configuración jurídica de las APP en Colombia la denominaremos concesionalización".

36 También Jorge Santos Rodríguez se inclina por esta postura señalando que: "Ahora bien, aunque en el derecho colombiano se hayan autorizado solo los esquemas contractuales de asociación, concordantes con la noción general de PPP, las asociaciones público-privadas constituyen una expresión de una operación económica, y no un concepto propiamente jurídico. No se trata, entonces, de un tipo contractual especial (como podría ser la obra pública o la concesión de servicios públicos), sino de la denominación jurídica de un instrumento económico para la vinculación de capital privado a la ejecución de proyectos de interés para el Estado". Jorge Santos Rodríguez, "Las asociaciones público-privadas de iniciativa privada y el cambio en la lógica contractual tradicional", en *Contratos públicos: Problemas, perspectivas y prospectivas*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2017, p. 676.

mantenimiento y, en ciertos casos, el diseño de una infraestructura recaigan en cabeza del particular inversionista.

De manera que esta novedosa Ley de APP, aunque fue creada en principio para el desarrollo de la infraestructura física de nuestro país, puede utilizarse para otro tipo de colaboraciones, siempre que la inversión supere los 6.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes (SMLV)³⁷. Además, existe habilitación expresa para que sea el privado quien mediante elaboración de estudios de prefactibilidad³⁸ presente una propuesta al Estado para la elaboración de un determinado proyecto³⁹ y, si llegado el caso, un tercero manifiesta su interés en el proyecto o se requiere un desembolso de recursos públicos, igualmente el originador del proyecto contará con beneficios dentro de la modalidad de selección que se adelante para el efecto⁴⁰.

Para el tema que estudiaremos en el próximo aparte, reviste gran relevancia la mención de las APP de iniciativa pública que, a saber, se refiere a aquellas que son planificadas técnica y financieramente por la entidad estatal y que, además, desde el inicio, requieren del adelanto de un proceso de selección, el cual puede ser abierto o de precalificación⁴¹; es decir, puede

37 Artículo 3.º, Ley 1508 de 2012.

38 Artículo 2.2.2.1.5.2, Decreto 1082 de 2015: "Etapas de prefactibilidad: En la etapa de prefactibilidad, el originador de la iniciativa privada deberá contar entre otros, con información secundaria, cifras históricas, proyecciones económicas del Estado y realizará las inspecciones básicas de campo que sean necesarias. El propósito de esta etapa consiste en proponer, cuantificar y comparar alternativas técnicas que permitan analizar la viabilidad del proyecto".

39 Artículo 14, Ley 1508 de 2012: "En la etapa de prefactibilidad el originador de la propuesta deberá señalar claramente la descripción completa del proyecto incluyendo el diseño mínimo en etapa de prefactibilidad, construcción, operación, mantenimiento, organización y explotación del mismo, alcance del proyecto, estudios de demanda en etapa de prefactibilidad, especificaciones del proyecto, su costo estimado y la fuente de financiación".

40 Artículo 2.2.2.1.5.10, Decreto 1082 de 2012. "Bonificación en las iniciativas privadas que requieren desembolsos de recursos públicos: En caso de ser aprobada por parte de la entidad estatal competente una iniciativa privada que requiera desembolsos de recursos públicos a las que se refiere el artículo 17 de la Ley 1508 de 2012, dicha entidad otorgará al originador de la iniciativa una bonificación sobre su calificación inicial en virtud de lo dispuesto en el mencionado artículo, de la siguiente manera". Se sostiene que, si el monto de la inversión es entre 6.000 y 40.000 SMLMV, el porcentaje de bonificación será del 10 %; si es de 40.001 y 120.000, del 6 % y; si es mayor a 120.000, será del 3 %.

41 Artículo 2.2.2.1.4.5, Decreto 1082: "Sistemas de precalificación. Para aquellos proyectos de Asociación Público Privada de iniciativa pública cuyo costo estimado sea superior a setenta mil salarios mínimos mensuales legales vigentes (70.000 SMMLV), la entidad estatal competente podrá utilizar, previo a la apertura del proceso de selección, sistemas de precalificación. La entidad estatal podrá contratar con los integrantes de

limitarse la participación de oferentes según la conveniencia de la entidad y observando, por supuesto, criterios de selección objetiva.

En cuanto a los principios generales de las APP, la doctrina más autorizada⁴² sostiene que son: (1) relación costo-beneficio, (2) asignación de riesgos a quien esté en mejor capacidad de administrarlos y (3) derecho a retribuciones. Con respecto al primero de los principios, Quiñones pone de presente la Resolución 3656 de 20 de diciembre de 2012 del Departamento Nacional de Planeación (DNP), cuyo objeto es, mediante fórmulas cuantitativas, determinar la conveniencia de la contratación bajo las APP en comparación con el modelo tradicional.

Otro aspecto novedoso, de relevante mención, es que, en materia de retribuciones, se adopta el concepto –como en otros países– de “disponibilidad de infraestructura” que condiciona el pago del contratista a ciertos niveles de servicio, de calidad y, por supuesto, como el nombre del concepto indica, a que la infraestructura se encuentre efectivamente disponible.

Aterrizando al tema que nos convoca, es menester comenzar sosteniendo que los orígenes de esta Ley 1508 de 2012 devienen de un programa integral del gobierno de la época para materializar su Plan Nacional de Desarrollo ante el rezago –cuellos de botella– de la infraestructura de transporte en Colombia en comparación con otros países de la región. Así las cosas, se implementaron una serie de medidas tales como: la transformación del INCO en lo que hoy es la Agencia Nacional de Infraestructura (ANI)⁴³, la creación de la Financiera de Desarrollo Nacional (FDN), la expedición de las leyes 1474 de 2011^[44], 1508 de 2012, 1523 de 2012 y 1682 de 2012^[45] y, en últimas, el famoso Conpes 3160 de 2013, el cual contiene los lineamientos de política pública para la estructuración de las concesiones 4G mediante esquema APP.

Este Conpes 3160 tenía como propósito –además de incentivar la inversión privada– conectar “continúa y eficientemente” los centros de producción y

la lista de precalificados los estudios adicionales o complementarios que requiera el proyecto, a costo y riesgo de los precalificados”.

42 Juan Camilo Quiñones, *Contratos de asociación público-privada e infraestructura de transporte*, op. cit., p. 16.

43 Se buscó con esta transformación: “lograr mayor eficiencia y eficacia en la administración de la infraestructura del país, así como fortalecer la vinculación de capital privado a los proyectos asociados con la infraestructura del sector transporte y el desarrollo de las asociaciones público privadas”. Decreto-Ley 4165 de 2011.

44 Estatuto Anticorrupción.

45 Para profundizar sobre el tema, cfr. Luis Fernando Hernández, “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 de Derecho y Economía*, n.º 43, 2015.

de consumo, con las principales zonas portuarias y de frontera del país, es decir, se optó por una verdadera planeación en materia de infraestructura abandonando la nociva costumbre de construir por construir. Con lo cual, esta política priorizó 40 proyectos y logró inversión de más de 30 billones de pesos, lo que indica, sin lugar a dudas, que constituyó un éxito, modesto como lo dijimos, pero sin precedentes en nuestro país.

Para la financiación de estos proyectos se utilizaron los estándares del Project Finance⁴⁶, que, de acuerdo con Mónica Ibagón, detenta dos características principales:

por un lado, los activos y derechos del proyecto hacen parte de un vehículo de propósito especial (*special purpose vehicle*, SPV) o compañía de vehículo. Desde el punto de vista contable, el financiamiento se refleja en el balance de la compañía vehículo, y no en el balance del *sponsor* o promotor. Esta compañía, encargada de ejecutar el proyecto, que en Colombia toma forma jurídica de sociedad, asume la celebración de todos los contratos requeridos para la construcción, operación y mantenimiento del bien objeto del proyecto. Por otro lado, esta estructura requiere al inicio, en la etapa de construcción, niveles muy altos de financiación, que disminuyen a medida que avanza el ciclo de vida del proyecto, de tal manera que los costos de la fase de operación y mantenimiento (OPEX) representan una fracción muy pequeña del total de los costos en valor presente⁴⁷.

Así, según la autora, hay una obligación en cabeza del concesionario de celebrar sendos contratos, construyendo así una red para la configuración de la financiación del proyecto, como se muestra en este gráfico construido por Duque, Vargas, Patino, González y Becerra (figura 1).

Con lo dicho, el elemento distintivo de las APP es, pues, la gama de posibilidades que abre en materia de financiación privada⁴⁸, lo que incluye créditos, *private equity* y recursos del mercado de capitales. No obstante, se ha sostenido que la tasa de interés de la deuda privada resulta excesiva por factores como la indebida transferencia de riesgos y deficiencias en estudios y diseños, lo que ha llevado a cuestionamientos sobre la verdadera conveniencia de la APP sobre los contratos de obra pública tradicional⁴⁹. Al respecto,

46 Mónica Liliana Ibagón, *La financiación de contratos públicos: El modelo innovador de asociaciones público-privadas en Colombia*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2018, p. 174.

47 *Ibid.*

48 Luis Javier Mosquera, "Análisis crítico del marco regulatorio para la estructuración financiera de la construcción de vías en Colombia", en *Problemas actuales de derecho administrativo*, Bogotá: Universidad de los Andes, 2020, pp. 249 y ss.

49 María Ramírez Giraldo, "La inversión en infraestructura de transporte y la economía colombiana", *op. cit.*, p. 25.

FIGURA 1. ESTRUCTURA DEL MODELO PROJECT FINANCE

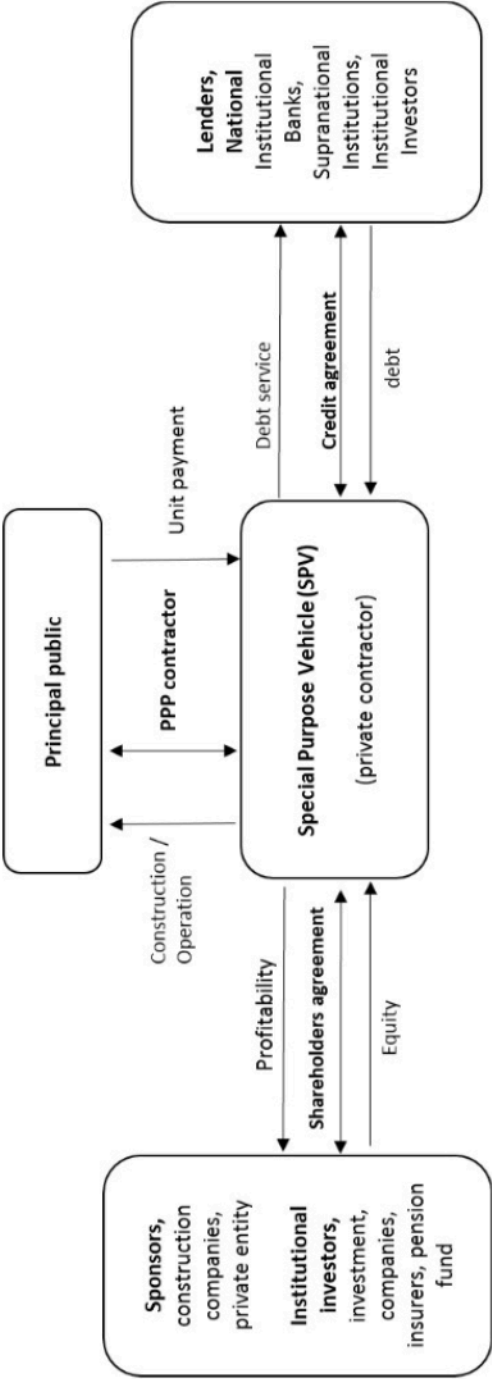


Figure 2: Project finance structure

Fuente: Eduardo Duque, Carolina Vargas, Patino, Julián González y Juan David Becerra. "Project Financing through Public-Private Partnerships in Colombia: A look inside 4G highway concessions", *Journal of Applied Engineering Science*, vol. 19, n.º 3, 2021.

adherimos a la perspectiva de Engel, Fischer y Galevotić⁵⁰, quienes señalan que el hecho de que la construcción, operación y mantenimiento recaigan sobre el privado, propicia la innovación y eleva la calidad del proyecto por cuanto el fruto de la remuneración proviene, precisamente, de la explotación económica del activo intervenido⁵¹. Además, muy a pesar de las vicisitudes, las APP han mostrado ser un buen negocio tanto para los privados, como para el Estado⁵².

Siguiendo con el hilo conductor de este texto, conviene indicar que aun cuando el financiamiento de estos proyectos 4G proviene mayoritaria o exclusivamente de los agentes particulares, el Estado se ha valido de las vigencias futuras⁵³ como instrumento de planificación presupuestal para garantizar los recursos exigidos de manera plurianual y, de esa manera, asegurar la llegada a buen puerto de muchos proyectos APP. Incluso, se estima que más del 80 % de estos recursos se destinan al sector transporte⁵⁴, lo que ha permitido vislumbrar una auténtica colaboración entre el sector público y el privado.

Otro aspecto de crucial consideración es el de los riesgos contractuales, los cuales, a su vez, facilitan la bancabilidad del proyecto⁵⁵ y que, de manera sencilla, correspondan a los eventos inciertos que de alguna manera –positiva o negativa– alteran las finalidades del objeto negocial. Conforme lo dicho por José Luis Benavides, los riesgos contractuales refieren a "situaciones sobrevinientes que alteran el contenido de las prestaciones previstas por las partes, cuyo origen es, generalmente, externo a ellas y en todo caso, ajeno

50 Eduardo Engel, Ronald Fischer y Alexander Galetovic, *Economía de las asociaciones público privadas: Una guía básica*, México: Fondo Económico de Cultura, 2014. Aunque estos autores son tajantes al manifestar que este esquema no funciona igualmente en todos los países. Se recomienda en países con instituciones fuerte y seguridad jurídica.

51 María Ramírez Giraldo, "La inversión en infraestructura de transporte y la economía colombiana", *op. cit.*, p. 25.

52 Cfr. Rahel Schomaker, Andreas Knorr y Alexander Eisenkopf, "Federal Road Infrastructure PPP in Germany: The impact of COVID-19 and Lessons Learned", en *Revisiting Public-Private Partnerships: Lessons from Covid-19*, Cham: Springer Nature, 2023. Sobre las APP en Alemania y uno de los modelos de concesión utilizados, enfatizan los autores que: "All V model PPP projects have so far proven their commercial viability due to the full transfer of any traffic volume risk to the federal government. This judgement holds also at the time of writing, the beginning of 2022, after the COVID-19 pandemic has been ongoing for 2 years. For any outsider to the behind-the-scenes discussions and negotiations, it must remain a matter of speculation by how the resulting guarantee of a steady stream of revenues has increased the attractiveness of federal road infrastructure PPP for private investors".

53 Véanse artículos 26 y ss. de la Ley 1508 de 2012.

54 *Ibid.*

55 Mónica Liliana Ibagón, *La financiación de contratos públicos*, *op. cit.*

a sus comportamientos culposos"⁵⁶, lo que, a juicio del autor implica que la existencia de una situación prevista anula, de suyo, la posibilidad de alegar el acaecimiento de un desequilibrio económico, cuya naturaleza se vincula a circunstancias imprevisibles —que no simplemente imprevistas⁵⁷—; es decir, una debida tipificación y asignación de riesgos excluye por completo la aplicación de la ruptura del equilibrio financiero sin menoscabo de que, en casos, la consecuencia derivada de la ocurrencia del riesgo sobrepase en términos monetarios lo efectivamente visualizado por las partes, caso en —ahora sí— estaremos ante un caso de imprevisibilidad.

En conclusión, la construcción de una política pública exitosa requiere identificar adecuadamente los errores cometidos y solucionarlos. De este modo, las concesiones 4G, aunque innovadoras, se implementaron —como lo dijimos *supra*— de manera exclusiva para el modo carretero de transporte⁵⁸, lo que excluía de la ecuación la posibilidad del desarrollo multimodal, esto es, de los sistemas ferroviarios, fluvial y aeroportuarios. Nosotros nos centraremos en el primero de estos.

5. LAS CONCESIONES 5G: UN RETORNO AL ENFOQUE DE TRANSPORTE INTERMODAL Y LA REACTIVACIÓN FERROVIARIA

Como vimos, desde mediados del siglo XX, el ferrocarril pasó a un segundo plano en materia de infraestructura de transporte en Colombia. Esto, habida cuenta de que, en un primer momento, la retribución de la operación no superaba la inversión y, en un segundo momento —con la nacionalización en 1954—, salió a relucir la ineficiencia del aparato burocrático. Por lo cual, hoy contamos con los poco más de 3.000 kilómetros ferroviarios (figura 2). que teníamos hace cien años y de los cuales más del 68 % están inactivos⁵⁹.

El Conpes 4060 de 2021, contentivo de los lineamientos de política pública para las concesiones 5G, identificó cinco problemas que impactan negativamente el sector transporte y, en consecuencia, el crecimiento económico del país: (1) déficit de desarrollo intermodal, (2) limitaciones en materia de

56 José Luis Benavides, "Riesgos contractuales", en *Contratación estatal: Estudios sobre la reforma del estatuto contractual 1150 de 2007*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009.

57 Entiéndase la imprevisibilidad como aquello que ni un sujeto diligente hubiera podido prever. Lo imprevisto, por su parte, hace referencia a aquello que simplemente las partes no anticiparon sin importar si la situación era identificable y de fácil anticipación o no.

58 Conpes 4060 de 2021. El modo carretero concentra más del 62 % de la inversión en infraestructura de transporte.

59 DNP, Plan Maestro Ferroviario.

gobernanza institucional, (3) ausencia de mecanismos innovadores de financiación y limitaciones en fuentes de pago, (4) problemático relacionamiento comunitario o conflictividad social, y (5) falta de gestión ante el cambio climático e impacto a los ecosistemas⁶⁰.

FIGURA 2. RED FÉRREA NACIONAL



Fuente: DNP, Plan Maestro Ferroviario, gráfica 2.

De acuerdo con el diagnóstico realizado por el DNP, existe una verdadera ausencia de mecanismos para facilitar la financiación del sistema ferroviario,

60 Conpes 4060 de 2021.

pues no se ha consolidado un esquema que facilite y, a su vez, reduzca los costos de inversión. En otras palabras, no resulta atractivo para los privados destinar su dinero a un sistema cuya ley de regulación, como dijimos, carece de actualización desde hace más de 100 años, sin mencionar la incertidumbre que genera lo atinente a la remuneración mediante cobro de tarifas⁶¹.

Es claro que lo que se busca al incentivar la inversión en otros sistemas distintos al carretero es promover la conexión modal y, en esa medida, reducir los costos de transporte para efectos de exportación. Así pues, el plan de acción adoptado por este Conpes para la reactivación del sistema férreo de transporte consiste —entre otras medidas— en la actualización normativa de la Ley 76 de 1920 y mejoras en el esquema de APP que tomen en consideración las particularidades del modelo férreo.

El Plan Maestro Ferroviario (PMF) del DNP ha identificado tres grupos para la reactivación: un primer grupo de corredores de escala nacional, como el de la Dorada-Chiriguaná; un segundo grupo de corredores de interconexión oceánica, como la conexión de Bogotá y Medellín con la red férrea nacional; y un tercer grupo de corredores de escala regional, como el añorado Tren del Caribe, cuyo tramo conectaría Cartagena, Barranquilla y Santa Marta. Adicional a lo anterior, se están realizando estudios por zonas no exploradas con vocación de carga férrea dentro territorio nacional⁶².

Entrando al ámbito de la financiación como elemento preponderante de los esquemas de colaboración público-privada, cabe resaltar que, de acuerdo con el PMF, las inversiones privadas entre 2010 y 2018 se aproximaron al 70 %⁶³, sin embargo, ello no ha sido suficiente. Por tal razón se busca estimular la instauración de nuevos mecanismos como el crédito puente, la deuda senior y la emisión en mercado de capitales local e internacional, entre

61 *Ibid.*, p. 23 "Por los elevados costos de inversión y por la dificultad de generar cargas en complementariedad con el modo carretero, en el modo férreo no es común encontrar concesiones rentables, cuando el inversionista privado deba financiar el desarrollo de la infraestructura, la adquisición del material rodante y los costos asociados a la operación. A esto se suma que no se ha desarrollado una regulación tarifaria flexible con garantías de libre acceso a la infraestructura en condiciones de competencia y transparencia, ni mecanismos para facilitar la recuperación de la inversión de los operadores, la última ley ferroviaria es de hace más de cien años (DNP, 2020). De continuar con esta tendencia, no se desarrollará el modo ferroviario y no se podrían reducir los tiempos de exportación en 23 % y costos logísticos en 26 % y se perdería una oportunidad para generar una economía más competitiva".

62 DNP, Plan Maestro Ferroviario.

63 *Ibid.*, p. 53: "Las inversiones al modo férreo por parte del sector privado han sido del orden del 70 % del total de las inversiones entre 2010 y 2018, lo que muestra su importancia en las operaciones vigentes del modo y su interés en la reactivación. Como implementación del PMF, se deberán explorar otras alternativas financieras que permitan canalizar más recursos, teniendo en cuenta su aplicabilidad y garantías asociadas".

otros. Sobre el particular, el Plan Maestro de Transporte Intermodal 2021-2051 puso de manifiesto la importancia de la banca internacional dentro de la financiación de la infraestructura pública, consolidándose principal fuente de recursos (con un 33 %), seguida por la banca local⁶⁴.

Así, pues, aunque el plan de reactivación ferroviaria constituirá una mixtura entre proyectos adelantados por obra pública tradicional y proyectos APP, en este texto nos dedicaremos a estudiar los segundos y, particularmente, la APP Dorada-Chiriguana entre los departamentos de Caldas y Cesar, que a la fecha de redacción de estas letras se encuentra en etapa de evaluación de ofertas y se constituye como el piloto de este esquema en el sistema férreo. La finalidad, de acuerdo con el Ministerio de Transporte, es aumentar la movilización de toneladas de carga de 225.000 a 5,5 millones para el año 2034.

5.1. PROYECTO PILOTO PARA LA REACTIVACIÓN FERROVIARIA EN COLOMBIA: LA DORADA-CHIRIGUANÁ

El 26 de julio de 2024 se publicaron los documentos precontractuales de este ambicioso proyecto de reactivación férrea en la plataforma Secop I⁶⁵ y, de ahí en adelante —a pesar de las recurrentes suspensiones y modificaciones al cronograma—, el proyecto ha ido saliendo a flote. De esta forma, el valor de la APP de iniciativa pública se estimó en 3,4 billones entre CAPEX⁶⁶ y OPEX⁶⁷, y el plazo de duración de la concesión en diez años; lo que resulta minúsculo en comparación con las concesiones de modo carretero que por lo general detentan una vigencia superior a los veinte años.

Se divide, además, en tres unidades funcionales, entendiendo estas según el artículo 2.2.2.1.1.2 del Decreto 1082 de 2015 como: "conjunto de estructuras de ingeniería e instalaciones indispensables para la prestación de servicios con independencia funcional, la cual permitirá funcionar y operar de forma individual cumpliendo estándares de calidad y niveles de servicio para tal unidad, relacionados con la satisfacción de la necesidad

64 Señala que: "Para 2021, el principal fondeador de los proyectos de infraestructura es la banca internacional con el 33 % de financiamiento, seguido de la banca local con el 21 %, los fondos de deuda con el 14 %, la FDN con el 12 % y el mercado de capitales y otras fuentes con el 10 % cada uno". Financiera de Desarrollo Nacional, "Plan Maestro de Transporte Intermodal 2021-2051", p. 93.

65 Link del proceso: <https://www.contratos.gov.co/consultas/detalleProceso.do?numConstancia=23-19-13756308>. Nota: Aunque el aviso de convocatoria tiene fecha de 3 de agosto de 2023, el proceso ha sido objeto de un sinnúmero de suspensiones por temas de estructuración.

66 2,6 billones de pesos.

67 9 billones de pesos.

que sustenta la ejecución del proyecto de asociación público privada". Así, la primera unidad corresponde a la rehabilitación de la infraestructura existente; la segunda, se compone por —entre otros— la construcción de un edificio administrativo, un centro de control de operaciones y sistemas de señalización y comunicación⁶⁸; la tercera, se conforma por la construcción de infraestructura logística para la eficiente conexión y transferencia entre el modo carretero y férreo⁶⁹.

FIGURA 3. COMPONENTES PROYECTO LA DORADA-CHIRIGUANÁ



Fuente: ANI, Audiencia de asignación de riesgos y aclaración del pliego APP Dorada-Chiriguana, gráfica 2.

Este es, definitivamente, un proyecto estratégico para el desarrollo del país, toda vez que, como se vislumbra en el mapa de la figura 3, por medio de 522 kilómetros de ferrocarril⁷⁰ se conecta el interior del país con los puertos costeros, facilitando así la dinámica exportadora. Adicionalmente, en virtud de lo dispuesto por la ANI en audiencia de asignación de riesgos, se proyecta el reforzamiento de 22 puentes y mantenimiento de 67, rehabilitación y

68 Véase "Audiencia de asignación de riesgos y aclaración del pliego APP Dorada-Chiriguana". Disponible en: <https://www.youtube.com/live/1InixsaMSHw>.

69 *Ibid.*

70 Los 522 kilómetros hacen referencia al tramo completo la Dorada-Santa Marta. La intervención del trazado la Dorada-Chiriguana sería de 410 kilómetros.

construcción de 1.480 obras hidráulicas, reparaciones locativas a 28 estaciones, la construcción de un puente vehicular y peatonal en Sogamoso y de dos instituciones educativas.

Así las cosas, de acuerdo con todo lo expuesto y tomando como referencia la importancia medular de la financiación en materia de APP el artículo 12 de la Ley 1508 de 2012, se contempló la experiencia en inversión o en estructuración de proyectos como factor de escogencia –requisito habilitante– en estas iniciativas. Con lo cual, dentro del proyecto en cuestión, la experiencia en inversión establecida dentro del pliego de condiciones⁷¹ es: (1) concesión de un proyecto de infraestructura cuyo valor de financiación haya sido de por lo menos \$781.355.000.000 del mes de la referencia o (2) hasta cuatro concesiones de proyecto(s) de infraestructura cuyo valor de financiación en sumatoria simple haya sido de por lo menos \$1.041.807.000.000 del mes de la referencia, siempre que al menos una de las financiaciones acreditadas haya sido de al menos \$520.904.000.000 del mes de la referencia. En el caso de la opción 2, no será necesario que todos los contratos sean aportados por un mismo líder.

Definitivamente, este es un requisito que –de manera justificada– cierra las puertas a muchas empresas y da pie para que sean aquellos que detentan un músculo financiero sólido y experiencia en el sector, sean quienes resulten adjudicatarios del proyecto. Así, a la fecha de cierre se presentaron tres proponentes plurales, entre los cuales se incluyen la empresa británica ERG Internacional y la empresa de origen español Ortiz Construcciones y Proyectos, lo que denota un margen aceptable de confianza inversionista indispensable teniendo en cuenta nuestro rezago nacional –actual– en materia de construcción de ferrocarriles.

En cuanto a las vigencias futuras, el Ministerio de Hacienda y el Consejo Superior de Política Fiscal (Confis) otorgaron aval para comprometer las mismas de manera semestral como se muestran en la figura 4.

Sea menester poner de presente que, frente a los aspectos técnicos y económicos, la Sociedad Colombiana de Ingenieros dirigió carta formal a la ANI expresando su preocupación por carencia de estudios de preinversión y planificación exhaustiva. Señalan que no existe claridad en cuanto al plan de desarrollo férreo ni tampoco resultan del todo confiables los estudios de preinversión; es decir, se cuestiona la viabilidad del proyecto en su estado actual y se solicita tanto la suspensión, como la elaboración de unos estudios de preinversión ligados al Plan de Desarrollo Férreo⁷².

71 Édgar González López, *Los contratos estatales. El proceso de selección y la modificación de los contratos*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia - Tirant lo Blanch, 2023, p. 800 y ss.

72 Consúltase <https://sci.org.co/sociedad-colombiana-de-ingenieros-pide-suspender-contratacion-de-corredor-ferreo-dorada-chiriguana/>.

Ciertamente, esperamos que el proyecto llegue a buen puerto y se logre el cometido añorado por tantos colombianos.

FIGURA 4. VIGENCIAS FUTURAS APROBADAS PARA EL PROYECTO LA DORADA-CHIRIGUANÁ

| | | AÑO | FUENTE | SOLICITUD (PESOS DE 2023) | EQUIVALENCIA (PESOS CORRIENTES 2024) |
|-------------------------------------|--|--|--------|---------------------------|--------------------------------------|
| | | 2026 | NACIÓN | 95.074.081.660 | 106.466.095.120 |
| | | 2027 | NACIÓN | 276.363.964.952 | 318.762.941.661 |
| | | 2028 | NACIÓN | 341.243.824.310 | 405.404.379.829 |
| | | 2029 | NACIÓN | 219.410.316.396 | 268.483.687.666 |
| | | 2030 | NACIÓN | 395.151.433.975 | 498.037.044.933 |
| | | 2031 | NACIÓN | 278.369.171.344 | 361.373.620.349 |
| | | 2032 | NACIÓN | 278.369.171.344 | 372.214.828.959 |
| | | 2033 | NACIÓN | 278.369.171.344 | 383.381.273.828 |
| | | 2034 | NACIÓN | 160.419.171.344 | 227.563.839.552 |
| Supuestos macroeconómicos MFMP 2024 | | | | | |
| SUBPROYECTO: 51102D | | 5. CONVERGENCIA REGIONAL/D. INTEGRACIÓN DE TERRITORIOS BAJO EL PRINCIPIO DE CONECTIVIDAD FÍSICA Y LA MULTIMODALIDAD. | | | |
| | | AÑO | FUENTE | SOLICITUD (PESOS DE 2023) | EQUIVALENCIA (PESOS CORRIENTES 2024) |
| | | 2026 | NACIÓN | 95.074.081.658 | 106.466.095.118 |
| | | 2027 | NACIÓN | 276.363.964.951 | 318.762.941.660 |
| | | 2028 | NACIÓN | 341.243.824.309 | 405.404.379.828 |
| | | 2029 | NACIÓN | 219.410.316.395 | 268.483.687.665 |
| | | 2030 | NACIÓN | 395.151.433.973 | 498.037.044.930 |
| | | 2031 | NACIÓN | 278.369.171.342 | 361.373.620.346 |
| | | 2032 | NACIÓN | 278.369.171.342 | 372.214.828.956 |
| | | 2033 | NACIÓN | 278.369.171.342 | 383.381.273.825 |
| | | 2034 | NACIÓN | 160.419.171.342 | 227.563.839.549 |
| Supuestos macroeconómicos MFMP 2024 | | | | | |

Fuente: Ministerio de Hacienda, "Aval fiscal y autorización cupo vigencias futuras proyectos APP 5G", 25 de julio de 2024.

Adicionalmente, hay un proyecto de ley en el Congreso de la República por medio del cual: "se definen y establecen las condiciones para el desarrollo de infraestructura ferroviaria nacional, se regula la prestación del servicio público de transporte ferroviario en la red férrea nacional y se dictan otras disposiciones". Este aborda aspectos relevantes sobre el particular como la puesta en funcionamiento –en temas ferroviarios– de la Unidad de Planeación de Infraestructura de Transporte (UPIT) como entidad encargada de: "formular y evaluar planes, programas y los proyectos resultantes con un alcance máximo de prefactibilidad, y de realizar las recomendaciones de los requerimientos de infraestructura ferroviaria que integran la red férrea nacional"⁷³, así como el régimen tarifario aplicable a esta infraestructura, aspecto fundamental para efectos de una eventual remuneración al contratista

73 Artículo 8.º, Proyecto de Ley Ferroviaria.

y para el cual el proyecto contempla un "régimen de libertad en la fijación de la tarifa"⁷⁴.

CONCLUSIONES

Este modesto intento de ilustrar en unas pocas páginas el trasegar de la política pública concesional constituye el inicio de una investigación que desde hace meses nos encontramos adelantando y que, a hoy, seguimos haciendo seguimiento. Los avances a que hicimos mención responden a un proceso evolutivo, por supuesto, no exento de dificultades que ha permitido la adaptación de nuestro marco normativo a las realidades materiales. Leyes como la 1508 de 2012, la 1563 de 2012 y la 1682 de 2013 han representado significativo progreso en diversos ámbitos, especialmente dentro del sector de la infraestructura de transporte, al facilitar una notable afluencia de capital privado –tanto nacional como extranjero–. Hoy se discute en el Congreso el proyecto de ley sobre regulación ferroviaria, el cual, esperamos, se materialice satisfactoriamente.

Lo cierto es que estamos convencidos de que este enfoque multimodal en materia de infraestructura de transporte contribuirá tanto con la reducción de costos para exportación, como con la dinamización del mercado interno, además, será una oportunidad para fomentar el transporte de pasajeros por este sistema férreo. Por supuesto, estamos a la expectativa y pendientes del porvenir de esta reactivación mediante APP. La distribución de riesgos, la financiación y, en general, las técnicas de redacción del clausulado negocial serán esenciales para la adecuada consecución de los proyectos.

BIBLIOGRAFÍA

Anaya, María Camila. *El esquema de asociaciones público-privadas en Colombia: ¿La revolución de la infraestructura vial?* Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2023.

Banco Interamericano de Desarrollo. *Asociaciones público-privadas: Retos, lecciones aprendidas y soluciones innovadoras en América Latina y el Caribe*, 2020. Disponible en: <https://cursos.iadb.org/es/temas/desarrollo-instituciones/asociaciones-publico-privadas-retos-lecciones-aprendidas-soluciones-innovadoras-en-america>.

74 *Ibid.* Artículo 36: "Los operadores públicos o privados del servicio público de transporte ferroviario tendrán el siguiente régimen de libertad en la fijación de la tarifa que cobrarán a los usuarios de los servicios de transporte férreo de carga, pasajeros o mixto".

- Benavides, José Luis. "Riesgos contractuales". En *Contratación estatal: Estudios sobre la reforma del estatuto contractual 1150 de 2007*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009.
- Cardona, Laura. *De troncales, carreteras y caminos: Arterias que propiciaron la integración territorial y el desarrollo económico de Colombia, 1930-1946* (tesis de grado). Universidad de Antioquia, Medellín, 2019.
- Correa, Juan. "El ferrocarril de Antioquia: Empresarios extranjeros y participación local". *Estudios Gerenciales*, vol., 28, n.º 123, 2012.
- Duque, Eduardo, Carolina Vargas, Patino, Julián González y Juan David Becerra. "Project Financing through Public-Private Partnerships in Colombia: A look inside 4G highway concessions". *Journal of Applied Engineering Science*, vol. 19, n.º 3, 2021.
- Durán, María Fernanda. *De la Revolución en Marcha al MRL, estudio del caso: Reivindicaciones de la Revolución en Marcha en la construcción de la política agraria del MRL*. Bogotá: Universidad del Rosario, 2016.
- Engel, Eduardo, Ronald Fischer y Alexander Galetovic. *Economía de las asociaciones público privadas: Una guía básica*. México: Fondo Económico de Cultura, 2014.
- Expósito Vélez, Juan Carlos. "La historia de la contratación administrativa y su recepción en Colombia". En *Dimensión general del contrato estatal en Colombia y su impacto en la internacionalización de la compra pública*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2023.
- Expósito Vélez, Juan Carlos. "La responsabilidad precontractual en la actuación contractual del Estado". *Revista digital de Derecho Administrativo*, n.º 27, 2021, pp. 73-133.
- Fajardo Peña, Santiago. "Las concesiones de infraestructura como negocios financieros: El valor jurídico de los modelos financieros preparados para su ejecución". *Revista digital de Derecho Administrativo*, n.º 22, 2019.
- Fedesarrollo. *Instituto Nacional de Concesiones (INCO) e Instituto Nacional de Vías (Invías)*. Bogotá: Fedesarrollo, 2006.
- González López, Édgar. *Los contratos estatales. El proceso de selección y la modificación de los contratos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia - Tirant lo Blanch, 2023.
- Hernández, Luis Fernando. "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 de Derecho y Economía*, n.º 43, 2015.

Ibagón, Mónica Liliana. *La financiación de contratos públicos: El modelo innovador de asociaciones público-privadas en Colombia*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2018.

Meisel Roca, Adolfo. "Caminos hacia el mar; los ferrocarriles en el Caribe Colombiano 1871-1950", VII Congreso de Historia Ferroviaria, 2017.

Meisel, Adolfo, María Teresa Ramírez y Juliana Jaramillo. "Muy tarde, pero rentables: Los ferrocarriles en Colombia durante el periodo 1920-1950". *Cuadernos de Historia Económica y Empresarial*, n.º 34, 2014.

Mosquera, Luis Javier. "Análisis crítico del marco regulatorio para la estructuración financiera de la construcción de vías en Colombia". En *Problemas actuales de derecho administrativo*. Bogotá: Universidad de los Andes, 2020.

Pachón, Álvaro, y María Teresa Ramírez. *La infraestructura de transporte en Colombia durante el siglo XX*. Bogotá: Fondo de Cultura Económica - Banco de la República, 2006.

Poveda, Gabriel. "El primer ferrocarril en Colombia". *Dyna*, n.º 137, 2002.

Quiñones, Juan Camilo. *Contratos de asociación público-privada e infraestructura de transporte*. Bogotá: Legis Editores, 2020.

Ramírez Giraldo, María (coord.). *La inversión en infraestructura de transporte y la economía colombiana*. Bogotá: Banco de la República, 2021.

Rincón, Jorge Iván. *Teoría de la organización administrativa*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2018.

Romero, Luis Fernando. *Concesiones viales: El desarrollo de una solución*. Bogotá: Universidad de los Andes, 2004.

Santofimio, Jaime Orlando, y Mónica Liliana Ibagón. *Las asociaciones público-privadas en Colombia y en el derecho administrativo internacional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2018.

Santos Rodríguez, Jorge. "Las asociaciones público-privadas de iniciativa privada y el cambio en la lógica contractual tradicional". En *Contratos públicos: Problemas, perspectivas y prospectivas*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2017.

Schomaker, Rahel, Andreas Knorr y Alexander Eisenkopf. "Federal Road Infrastructure PPP in Germany: The impact of COVID-19 and Lessons Learned". En *Revisiting Public-Private Partnerships: Lessons from COVID-19*. Cham: Springer Nature, 2023.

Vedel, George. *Derecho administrativo*. Madrid: Editorial Aguilar, 1980.

