

Los procesos contractuales de las Asociaciones Público - Privadas colombianas:
Cuarta Generación de Concesiones Viales (2014-2018)



Daniela Fernanda Mahecha Hernández

Código 4401987

Universidad Militar Nueva Granada

Facultad de Ciencias Económicas

Dirección de Posgrados

Especialización en Finanzas y Administración Pública

Bogotá D.C

2019

Tabla de Contenido

Resumen	III
Palabras clave.....	III
Abstract.....	IV
Keywords	IV
Introducción	1
Pregunta del problema	2
Objetivos.....	3
Objetivo General	3
Objetivos Específicos.....	3
Marco Teórico	4
Conclusiones.....	17
Bibliografía.....	20

Lista de Tablas

Tabla 1. Proyectos en Ejecución Concesiones Viales de Cuarta Generación	15
---	----

Resumen

Las Asociaciones Público - Privadas (APPs) se han convertido en un mecanismo de solución financiera y técnica para la construcción, operación, mantenimiento, organización, exploración y explotación de infraestructuras sociales y productivas que garantizan la prestación de bienes y servicios correspondientes al Estado. Si bien, la implementación de este tipo de concesión en Colombia ha generado un incremento en la calidad y la cobertura de la prestación de algunos servicios, en el caso de las carreteras se ha observado una escasa conectividad vial a pesar de las contrataciones por APP pactadas para la construcción de la Cuarta Generación de Concesiones Viales (4G), proyectos que buscan que Colombia tenga progreso productivo y económico por medio de una autosuficiente estructura terrestre. Por consiguiente, esta investigación tiene como fin analizar la constitución de los procesos contractuales en las APPs de las Concesiones Viales de Cuarta Generación en Colombia entre el 2014 y el 2018, a través de un estudio detallado de la normatividad vigente en materia de contratación e infraestructura, de las principales fallas evidenciadas en este tipo de contratación y, finalmente, se hará un recuento de los principales contratos fallidos por APP de las 4G.

Palabras clave

Asociaciones Público - Privadas, concesiones, infraestructura vial, contratación, corrupción, Ley 80 de 1993, Ley 1508 de 2012.

Abstract

Public Private Partnerships (PPPs) have become a financial and technical solution mechanism for the construction, operation, maintenance, organization, exploration and exploitation of social and productive infrastructures that guarantee the provision of goods and services corresponding to the State. Although, the implementation of this type of concession in Colombia has generated an increase in the quality and coverage of the provision of some services, in the case of roads there has been poor road connectivity despite the contracted PPPs contracted. for the construction of the Fourth Generation of Road Concessions (4G), projects that seek Colombia to have productive and economic progress through a self-sufficient land structure. Therefore, this research aims to analyze the constitution of the contractual processes in the PPP of the Fourth Generation Road Concessions in Colombia between 2014 and 2018, through a detailed study of the current regulations on contracting and infrastructure, of the main failures evidenced in this type of contracting and, finally, there will be a recount of the main contracts failed by PPP of the 4G.

Keywords

Public Private Partnerships, concessions, road structure, engagement, corruption, law 80 of 1993, law 1508 of 2013.

Introducción

Las Asociaciones Público - Privadas (APP) surge como una alternativa para que el Estado tenga la capacidad de garantizar la prestación de bienes y servicios públicos a través de una vinculación contractual entre una entidad estatal y una persona natural o jurídica de derecho privado, donde se financian los proyectos por medio de capital privado o mixto y así mismo, se comparten los riesgos entre las partes (Ley 1508, 2012, art. 1). En el caso colombiano, a partir de la Constitución Política de 1991 se le otorga mayor posibilidad de participación en los proyectos de inversión a diversos sectores económicos, con el objetivo de garantizar la provisión de infraestructura productiva y social eficiente. Por tal razón, se implementó la contratación por concesiones que, consiste en la celebración de un compromiso entre las entidades estatales y un concesionario¹ para la prestación, operación, explotación, organización y conservación parcial o total de un servicio público o la construcción de la obra que garantice su prestación; a cambio de percibir una remuneración por medio de tarifas, tasas, valoraciones o participación que entregue el aprovechamiento del bien (Ley 80, 1993, art. 32).

Este tipo de contratación le permite al Estado adquirir mayor capacidad financiera y técnica para la ejecución de proyectos que busquen solucionar los problemas públicos de alto costo, como es el caso de la infraestructura vial. En este sentido, Colombia ha buscado incrementar la calidad de las vías a lo largo y ancho de su territorio, entendiendo que su solidez garantiza el desarrollo económico y social del país, tal como lo expone los estudios presentados por la Asociación Nacional de Instituciones Financieras (Clavijo, 2016), donde se observa que, con la implementación de nuevas vías se espera que haya un aumento del producto interno bruto en un promedio anual de 0.5%.

¹ Persona natural o jurídica de derecho privado

Por otra parte, el Informe de Competitividad Global (Foro Económico Mundial, 2018) muestra que, la infraestructura colombiana se posiciona en el puesto 83 de 140 con un puntaje de 63.0/100; donde específicamente, el índice de conectividad vial es de 47.9/100 y la calidad de carreteras se puntúa con 37.9/100, estas cifras permite deducir que las carreteras carecen de las características básicas que facilitan el desplazamiento de la población, puesto que, su puntaje está por debajo del promedio del índice². Por estas razones, el proyecto de Cuarta Generación de Concesiones Viales busca reducir las dificultades de movilidad por el territorio colombiano, logrando así una integración de las regiones del país, además, de una interconectividad con los países vecinos, con el fin de propender por un incremento en la productividad. Sin embargo, desde su implementación, se ha observado una serie de inconsistencias en el proceso contractual y en la ejecución de los mismo. Por lo tanto, resulta preponderante analizar dichos procesos contractuales establecidos entre el año 2014 y el 2018 para la ejecución de los veintinueve proyectos viales de esta categoría, con el fin de establecer generalidades en las inconsistencias y, con ello, facilitar el establecimiento de soluciones.

Pregunta del problema

¿Cómo son los procesos contractuales de las Asociaciones Público - Privadas en 4G, en Colombia?

² Cabe resalta que, la infraestructura ferroviaria tiene menor puntuación

Objetivos

Objetivo General

- Analizar la constitución de los procesos contractuales en las asociaciones Público - Privadas (APP), de las concesiones viales de cuarta generación en Colombia, entre el 2014 y el 2018.

Objetivos Específicos

- Identificar la normatividad colombiana que regula las asociaciones Público - Privadas.
- Explicar las fallas en los procesos contractuales de las asociaciones Público - Privadas.
- Describir los casos que evidencian fallas en el proceso contractual de las Asociaciones Público- Privadas, para la construcción de las vías de cuarta generación en Colombia.

Marco Teórico

El marco legal que cubre a las Asociaciones Público- Privadas (APP) en Colombia se ha ampliado en los últimos años, por la importancia que tiene este tema en agenda pública de los recientes gobiernos. Por consiguiente, en el 2012 el Congreso de la República expidió la ley 1508 en la que se establece el régimen jurídico de las APP y se dictan normas orgánicas de presupuesto, rigiéndose bajo lo dispuesto en la ley 80 de 1993 (Estatuto General de la Contratación Pública) y la ley 1150 de 2007. Esta normativa expresa que se podrá utilizar el proceso de contratación por APP en caso de proyectos para la provisión de bienes y servicios públicos que superen los seis mil salarios mínimos mensuales legales vigentes en la inversión, y donde la ejecución del contrato tenga una duración máxima de treinta años³. Dichos procesos contractuales deben ser celebrados de acuerdo con los principios de la función administrativa⁴ estipulados en el artículo 209 de la Constitución Política de Colombia, los principios de la contratación estatal⁵ descritos en el artículo 23 de la ley 80 de 1993 y los criterios de la sostenibilidad fiscal. Ahora bien, en Colombia existen diferentes tipos de contratación aplicables en los casos específicos que dicta la norma, para la contratación por asociación público-privada la resolución 1464 (2016) del Departamento Nacional de Planeación (DNP) especifica que, además de cumplir con las características fundamentales descritas en la ley 1508 de 2012⁶, esta contratación debe ajustarse a las políticas sectoriales y nacionales, de igual manera, debe de concordar con los planes de mediano y largo plazo del sector a intervenir que por ende, confluyan con los proyectos priorizados para cumplir con el propósito del Estado colombiano. Sí

³ Con posibilidad de ampliación del plazo con previa aprobación del Consejo Nacional de Política Económica y Social (CONPES)

⁴ Igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad

⁵ Transparencia, economía y responsabilidad.

⁶ Y ya expuestas en este documento.

cumple con los parámetros mencionados, se debe solicitar el concepto del DNP para los proyectos de nivel nacional y a la Secretaría de Planeación en los proyectos territoriales sin cofinanciación nacional, con el fin de consolidar la información necesaria para la correcta ejecución de la obra, no obstante, dicho proceso no es aplicable para los proyectos nacionales de infraestructura de transporte.

Después de la aprobación de una contratación por Asociación Público- Privadas, el proceso de selección del contratista (concesión) varía según la categoría de la iniciativa (pública o privada). En el caso de los proyectos de iniciativa pública, la elección de la concesión se realizará por medio de una licitación pública (Ley 80, 1993, art. 30), que requiere la realización de unos estudios previos de carácter técnico, socioeconómico, jurídico, ambiental y predial; los cuales deben determinar las fases, la duración, la justificación y un estimado del valor del contrato; adicionalmente, deben preverse las amenazas y vulnerabilidades, por medio de un mapa de riesgos, con el fin de implementar alternativas de contingencia que mitiguen sus afecciones en el proyecto y entorno (Ley 1508, 2012, art. 11). Finalizado el proceso previo, la convocatoria pública podrá realizarse a través del sistema abierto o la precalificación, de acuerdo con los parámetros establecidos para el contrato (Ley 1508, 2012, art. 10). Posteriormente, se realizará la elección del contratista acudiendo al principio de la selección objetiva, primando la capacidad jurídica, financiera, y la experiencia en inversión y estructuración de proyectos; con el propósito de elegir la mejor propuesta costo-beneficio (Ley 1508, 2012, art. 12). Para los proyectos de iniciativa privada, al tratarse de una propuesta ajena a los planteamientos en la agenda pública, los recursos deben ser 100% del sector privado y por estas características, el proceso se compone de dos fases. La primera de ella es la etapa de prefactibilidad, donde el proponente debe señalar específicamente el diseño, la justificación y alcance del proyecto, además, de cómo se va a

construir, operar, mantener, organizar y explotar la infraestructura a edificar, conjuntamente de los costos estimados y la fuente de financiación. En segundo lugar, la etapa de factibilidad busca mayor claridad en términos financieros y de la ejecución del proyecto, junto con los estudios de impacto ambiental, económico y social; asimismo, el proponente debe garantizar su capacidad jurídica, financiera y experiencia en este tipo de proyectos. Cabe resaltar que las iniciativas privadas, no deben afectar los contratos en ejecución o los aprobados por el DNP (Ley 1508, 2012, art. 14).

Por otra parte, el sistema de retribución económica que contempla las Asociaciones Público- Privadas están sujetas a la disponibilidad de la infraestructura, la calidad de los proyectos y los niveles de los servicios o bienes prestados⁷ (Decreto 2100, 2017, art 1). En lo que respecta a los niveles de servicio y estándares de calidad, el decreto 1082 de 2015 establece que, dichos parámetros deben ser provistos en el contrato, teniendo la posibilidad de implementarse gradualmente, y por medio de este proceso, se efectúan las deducciones proporcionales sobre las retribuciones previstas (Decreto 1082, 2015, art. 2.2.21.2.5); es decir, las concesiones deben realizar los proyectos de infraestructura de manera eficiente, con el fin, de obtener los recursos (desembolsos) por la prestación del objeto contractual; demostrando con ello, que este modelo de contratación busca compartir los riesgos que conlleva satisfacer las necesidades de la población. Por otro lado, los recursos que genera la infraestructura sin el cumplimiento de los estándares de calidad y niveles de servicio no serán contabilizados en el Presupuesto General de la Nación y, por ende, serán parte de la retribución al concesionario (Decreto 1082, 2015, art. 2.2.2.1.3.2), en otras palabras, las remuneraciones que obtiene la concesión durante la ejecución del contrato o

⁷ Caracterizados por ser específicos, medibles, viables, pertinentes y oportunos.

de las unidades funcionales de la infraestructura, son aportes del Estado disímiles a los desembolsos de los recursos públicos⁸ entregados al contratista.

Adicional al control de desembolso de recursos públicos otorgados por la calidad y los niveles implementados en los proyectos, las garantías juegan un papel preponderante en el proceso contractual. Específicamente, las Asociaciones Público- Privadas prevén la interventoría⁹ de una persona independiente del contratante y el contratista, quien vela por el cumplimiento de los compromisos y, por ende, su responsabilidad es civil, penal, fiscal y disciplinaria como servidor público ante el Estado (Ley 1882, 2018, art. 7). Además de la interventoría como garantía y reducción de riesgo en la ejecución del contrato, en los proyectos con plazo mayor a cinco años, se permite la cobertura de riesgos en cada unidad funcional de infraestructura¹⁰ o etapa del contrato por medio de los convenios propuestos en el pliego de condiciones; las pólizas exigidas deben de tener una duración igual o superior al período contractual y deberá adquirir una nueva garantía antes de culminar el proceso para la siguiente etapa. En caso de decidir suspender las garantías de las etapas subsiguientes, se debe dar aviso por lo menos seis meses antes del vencimiento del plazo de garantía (Decreto 1082, 2015, art. 2.2.1.2.3.1.3).

Las Asociaciones Público- Privadas realizadas entre el 2014 y el 2018 fueron gestionadas principalmente a través de la Ley 1753 de 2015, es decir, el Plan de Desarrollo “Todos por un Nuevo País 2014-2018” que propone como una de sus estrategias transversales la competitividad e infraestructura, en la cual se contempla la necesidad de implementar nuevas carreteras para la

⁸ Desembolsos que solo son posibles en las APP de iniciativa pública con un máximo de recursos estatales del 20%

⁹ Que puede ser contratado por selección abreviada de menor cuantía o mínima cuantía.

¹⁰ Definida como el conjunto de estructuras de ingeniería e instalaciones necesarias para la prestación de un servicio, que funcionan individualmente de las demás unidades (Decreto 1082, 2015, art. 2.2.2.1.1.2).

interconectividad del Estado, reconociendo el déficit vial existente en Colombia. Asimismo, se justifica que, una eficiente estructura vial incrementa los niveles de productividad y competitividad a nivel nacional e internacional. No obstante, durante el 2014 y el 2018 algunos de los contratos suscritos y en proceso de ejecución, tuvieron una serie de imprevistos que dieron paso en algunos casos a la nulidad de los contratos¹¹. Por consiguiente, se deduce que existió una serie de inconsistencias en las etapas contractuales¹² de los compromisos adquiridos para la construcción de la Cuarta Generación de Concesiones Viales en Colombia y, por ende, resulta preponderante su análisis y estudio.

En primer lugar, la fase preparatoria busca fundamentalmente el establecimiento de una sólida planificación para el posterior compromiso que se instaurará. Así es como, dicho proceso contempla los análisis de conveniencia y oportunidad, además de los estudios de factibilidad y el estudio previo (Consejo Profesional Nacional de Ingeniería, 2016). En otras palabras, esta fase consiste en identificar una serie de necesidades prioritarias de acuerdo con la misionalidad de la institución para la contribución del logro de los fines del Estado por medio del diseño del proyecto.

En este sentido, es pertinente el planteamiento del objeto contractual acudiendo a la conducencia, pertinencia y utilidad en su formulación; para así, realizar los valores estimados, y los estudios previos adecuados, con el fin de obtener como resultado posterior una ejecución del contrato óptima. Ahora bien, en los compromisos adquiridos por la modalidad de Asociación Público-Privada entre 2014 y 2018 se observa una frágil planeación, puesto que dicho proceso requiere de forma imperativa la resolución de cuestionamientos como: ¿Qué es lo que se requiere contratar?, ¿Qué recursos son necesarios para la ejecución de la obra?, ¿Con cuántos recursos se

¹¹ Que se abordará posteriormente

¹² Fase preparatoria, fase precontractual, fase contractual y fase post-contractual.

cuenta?, ¿Quiénes financiarán el proyecto?, ¿Cuáles son los factores que inciden en el desarrollo del proyecto?, ¿Cuáles riesgos podrían existir durante la ejecución del contrato?, entre otros referentes que generen la correcta programación previa (Aponte, 2014).

Así es como, se evidencia que la principal falencia en las Asociaciones Público - Privadas celebradas en el periodo de estudio, es el incorrecto valor estimado y la ausencia de los cierres financieros¹³ de los proyectos, denotando una planeación parcial. Al respecto, el Departamento Nacional de Planeación (2015, p. 5) menciona que, “un proyecto debe formularse completo, inclusive si es de gran envergadura y se deben asegurar los recursos para su completa ejecución de tal forma que las fuentes de financiación identificadas sean en valor iguales a los costos del proyecto”, empero, hasta la fecha solo el 51.72% de los proyectos cuenta con cierre financiero (Agencia Nacional de Infraestructura, 2019) a pesar de la adjudicación total de los contratos.

En segundo lugar, la fase precontractual precisa por medio de la realización del pliego donde se estipulan las cláusulas y los parámetros para la adjudicación y ejecución del contrato, por lo cual, se nombra a un grupo de expertos (comités estructurales) para la formulación de dicho pliego de condiciones. En vista del objetivo de publicidad, se transmite la información por medio de las herramientas provistas por la ley para dar a conocer la convocatoria a los interesados y a la población colombiana¹⁴. Cabe resaltar que, esta etapa prevé garantizar la igualdad y la transparencia, por ende, dispone de mecanismos en los que los interesados puedan interponer observaciones, las cuales deben ser respondidas por la entidad que tiene a cargo el proceso contractual y, además, publicará los pliegos definitivos teniendo presente las intervenciones realizadas¹⁵ junto con el cronograma. Con los pliegos definitivos se inicia la

¹³ Entendidos como la igualdad entre los costos del proyecto y las fuentes de financiación.

¹⁴ Hoy en día se realiza a través del Sistema Electrónico de Contratación Pública - SECOP

¹⁵ Los cuales además están acompañados de una audiencia de alcance para resolver inquietudes sobre el proceso contractual.

recepción de propuestas que deberán ser evaluadas acudiendo a los principios de la contratación pública y la función administrativa; finalmente, esta etapa se concluye con la adjudicación del contrato a la mejor oferta evaluada desde la selección objetiva y la elaboración de la minuta del contrato¹⁶. Es en esta fase de la contratación donde mayores fallas se observa por causa del ofrecimiento de coimas¹⁷ para la adjudicación de los contratos, es decir, el delito de cohecho trunca el proceso correcto de la contratación pública. Tanto en la formulación de los pliegos de condiciones, como en la evaluación, se garantiza a un postor el otorgamiento del contrato por dinero percibido ilegalmente que, al tratarse de altas sumas de dinero en los contratos de la Cuarta Generación de Concesiones Viales, se consideran cuantiosos sobornos por los beneficios que conlleva la cesión de este tipo de contratos. Si bien, el simple ofrecimiento de comisiones por un contrato, se considera un delito a pesar de que estas fueran entregadas de manera posterior a la realización de la minuta del contrato.

En tercer lugar, la fase contractual es la ejecución propiamente dicha del contrato suscrito, de conformidad con el cumplimiento del cronograma y los plazos pactados; además, es allí donde se formaliza y se legaliza el contrato. Con la firma del pacto, la expedición del registro presupuestal y la adquisición y aprobación de las pólizas, se firma el acta de inicio y, por ende, se da comienzo a la ejecución. Es en esta etapa que se encuentra la mayor porción de los contratos por Asociación Público-Privada para la construcción de las vías de Cuarta Generación. Actualmente, veintidós de los veintinueve proyectos han iniciado obra, sin embargo, el 62% de los contratos tienen significativos retrasos en su ejecución (Gestor de Proyectos de Infraestructura, 2019); las dilaciones son consecuencia de la escasa planeación en la fase preparatoria, puesto que se derivan principalmente en errores al interior del diagnóstico para

¹⁶ Sin formalizar

¹⁷ Gratificación con que se soborna a un funcionario público.

adquisición de los predios, en incongruencias dentro del presupuesto de los costos de la obra para la ejecución real, además, en la fase precontractual donde debe realizarse un exhaustivo análisis de los riesgos se observa que, existen en la actualidad investigaciones por corrupción a los contratistas e inseguridad en las zonas de ejecución de las obras, que debieron ser ponderadas en el mapa de riesgos y en las garantías del contrato. Por ende, los retrasos en las obras por las consecuencias anteriormente mencionadas incrementan el valor de la construcción, creando reiterados “otro si” en los contratos celebrados.

Finalmente, la fase post-contractual contiene la elaboración y suscripción de las actas de liquidación después de culminada la ejecución del contrato (Consejo Profesional Nacional de Ingeniería, 2016). En el caso de estudio, aún no tiene alcance esta etapa puesto que son proyectos a largo plazo que continúan en fase contractual. No obstante, se puede deducir por las fallas evidenciadas en las anteriores etapas que, por el incumplimiento del cronograma pactado, esta fase será concluida en un plazo mayor al estipulado por la Agencia Nacional de Infraestructura.

Ahora bien, tal como se mencionó de manera sucinta, los contratos que hasta la fecha se han celebrado para la construcción de carreteras de Cuarta Generación tienen una serie de inconsistencias que ha permeado la óptima ejecución de las obras. Así es como, se puede inferir que las principales fallas contractuales se relacionan con la corrupción, la ausencia de financiamiento suficiente para la culminación de la infraestructura¹⁸, y los riesgos existentes por las agresiones provocadas por los Grupos Armados Organizados. A continuación, se abordará principalmente, los acontecimientos referentes a la corrupción y los ataques por los GAO en los procesos contractuales de las Asociaciones Público - Privadas en las vías de Cuarta Generación.

¹⁸ Mencionada anteriormente con las cifras otorgadas por la ANI

En primer lugar, la corrupción¹⁹ es la problemática mayormente mencionada dentro de este tipo de contratación, puesto que a finales del 2016 el Departamento de Justicia de los Estados Unidos publicó documentos que cuestionaron la transparencia de la constructora brasileña Odebrecht por la comprobación de una serie de sobornos entregados en doce países, entre ellos Colombia. Esto fue resultado de las investigaciones realizadas para desmantelar a los implicados en el caso denominado Operación Lava Jato, que mostró la forma de operación de las principales constructoras brasileñas para adjudicarse contratos de obra en países latinoamericanos y africanos²⁰. Así es como, Odebrecht entregó aproximadamente \$788 millones de dólares en sobornos para la concesión de más de cien contratos en diferentes países²¹, con el propósito de obtener significativos rendimientos. De acuerdo con la información suministrada por el Departamento de Justicia de Estados Unidos, en Colombia Odebrecht entregó 11 millones de dólares²² entre el 2009 y el 2014 con un beneficio operacional de 50 millones de dólares. Dichos rendimientos eran obtenidos por medio de sobrepuestos en los valores de las obras públicas que fueron adjudicadas a Odebrecht a través de las empresas Norberto Odebrecht S.A., Odebrecht Latinvest Colombia S.A.S y Estudios y Proyectos del Sol S.A.S (Episol S.A.S)²³.

Este dinero fue repartido entre funcionarios y políticos en recompensa por otorgar la ejecución de los contratos a la firma brasileña y como utilidades para Odebrecht. La estrategia de la organización permitió el financiamiento de campañas presidenciales de rivales, con el fin de garantizar ser accionista contratista en las obras viales de Cuarta Generación. Así es como, se puede resaltar que, el mudo operando de Odebrecht fue la creación de empresas fantasma,

¹⁹ Definida como el uso del poder para desviar la gestión de lo público hacia el beneficio privado.

²⁰ Confesión realizada por los beneficios de la delación premiada.

²¹ Colombia, Guatemala, Ecuador, República Dominicana, Argentina, Brasil, México, Mozambique, Panamá, Angola, Venezuela y Perú.

²² Sin embargo, las posteriores pruebas demuestran un significativo incremento en esta cifra.

²³ Filial de Corficolombiana del Grupo Aval

sobrenombres a los políticos y bancos, para así, girar las coimas sin sospechas. Específicamente, en el caso de la Ruta del Sol II, el auditor del contrato, Jorge Enrique Pizano informó sobre el favoritismo hacia Odebrecht para la adjudicación de dicho contrato y la participación de Grupo Aval²⁴ en los actos de corrupción. Sin embargo, dicha información no trascendió en el momento que se denunció y posteriormente tanto Pizano, como su hijo fallecieron sin aún comprobarse con veracidad las causas (Guzmán, 2018).

Ahora bien, los sobornos otorgados en el contrato de la Ruta del Sol II ascendieron a más de 11 millones de dólares (Departamento de Justicia de los Estados Unidos, 2016), donde el exministro de transporte, Gabriel García Morales recibió la suma de 6.5 millones de dólares por la adjudicación de la Ruta del Sol II, García fue acusado por el delito de cohecho; por otra parte, el exsenador Otto Nicolás Bula Bula habría recibido 4.6 millones de dólares para la entrega de coimas a diferentes funcionarios públicos que garantizaran la adición del contrato de obra Ocaña-Gamarra en la Ruta del Sol II. Así es como, hasta la fecha se observa a diferentes figuras públicas condenadas, privadas de la libertad e investigadas; empero, desde la visión contractual, es preponderante mencionar al expresidente de la Agencia Nacional de Infraestructura (ANI), Luis Fernando Andrade por el interés indebido en celebración de contratos, y contrato sin el cumplimiento de los requisitos legales²⁵. Además, Jorge Elías Melo Acosta expresidente de Corficolombiana ha sido sentenciado por cohecho e interés indebido de contratos por la adjudicación de la Ruta del Sol II.

Es fundamental resaltar que, este proyecto de infraestructura fue financiado en un 99% por los bancos, donde el 50% fue contribuido por el Grupo Sarmiento a través del Banco Bogotá,

²⁴ Cuando el asesor legal de los Sarmiento Angulo era Néstor Humberto Martínez, quien posteriormente, fue fiscal general de la nación

²⁵ Actualmente se encuentra en proceso judicial por implicaciones con el contrato la Ruta del Sol III.

el Banco AV Villas, el Banco de Occidente y el Banco Popular; y el otro 50% fue aportado por el Banco Itaú, el Banco Davivienda y el Banco Bancolombia; dichos recursos fueron manejados por el Grupo Aval a través de su fiduciaria. Con dichos recursos, se inició el proceso de ejecución de la obra y cuando se descubrieron los fraudes realizados en torno a la contratación, la obra llevaba un adelanto del 52% y la adición del tramo Ocaña- Gamarra iba en un 29% de su ejecución. Dos meses después del inicio del proceso judicial, el expresidente Juan Manuel Santos Calderón terminó el contrato por mutuo acuerdo, para iniciar una nueva licitación con el fin de culminar la mega obra. No obstante, a inicios del 2018 se aprobó la ley de infraestructura (ley 1882 de 2018) donde en su artículo 20 se reza que, por la terminación anticipada de un contrato de Asociación Público-Privada se debe reconocer el dinero invertido en la obra con la fórmula matemática a precios actuales²⁶, por lo tanto, los accionistas contratista consideraron que debían reconocerles una suma mayor, a pesar de que la culminación del contrato fue por actos de corrupción. Finalmente, el Tribunal de Arbitramento de la Cámara de Comercio de Bogotá declaró nulo el contrato de la Ruta del Sol II y sus adiciones por objeto y causa ilícita y, por ende, el concesionario debió cancelar los dividendos a los bancos, aunque el Estado debió asumir el pago de 211 mil millones en favor de Odebrecht y Corficolombiana por lo expuesto en la ley 1882, artículo 20²⁷ (Contraloría General de la República, 2018).

Hasta la fecha, el proceso judicial de Odebrecht no ha llegado a su fin; Sí bien, los procesos de investigación se centraron en el caso de la Ruta del Sol II, Odebrecht adquirió participación en varios contratos de las tres olas de las Concesiones Viales de Cuarta Generación. Ente ellos se destacan los que tienen una significativa participación del grupo

²⁶ Por efectos retroactivos de la norma

²⁷ Artículo demandado por el Excontralor General de la República, Edgardo Maya Villazón y la Corte Constitucional lo declaró exequible.

brasileño o de Episol, puesto que las firmas consorcios fueron inhabilitadas por 10 años para la contratar con el Estado. No obstante, las obras conferidas a Episol continuarán su ejecución, puesto que no fueron vinculadas al fallo emitido. A continuación, se observan los contratos de las Concesiones de la Cuarta Generación Vial, donde hacía parte mayoritaria Odebrecht o el Grupo Sarmiento Angulo. De los proyectos mencionados, solo se dio por terminado a través de fallo la Transversal Rio de Oro – Aguacalara – Gamarra, al ser una adición a la Ruta del Sol II, donde se evidenciaron los mismos procedimientos de fraude.

Tabla 1.

Proyectos en Ejecución Concesiones Viales de Cuarta Generación

Proyecto	Accionista Contratista	Porcentaje Participación
Autopista Conexión Pacífico I	Estudios y Proyectos del Sol S.A	49,99%
	Iridium Concesiones Virias S.A.S	40,00%
	CFC-SK- Covipacifi Colombia S.A.S	10,10%
Transversal Rio de Oro- Aguacalara- Gamarra	Constructura Odebrechet S.A	25,00%
	Odebrecht Latinvest Colombia S.A.S	37,00%
	Estudios y Proyectos del Sol S.A	33,00%
	CSS Constructores S.A	5,00%
Autopista Mulaló - Loboguerrero	Estudios y Proyectos del Sol S.A	60%
	Iridium Concesiones Virias S.A.S	40%
Autopista Villavicencio - Yopal	Estudios y Proyectos del Sol S.A	60%
	Colombiana de Licitaciones y Concesiones S.A.S	40%
IP Chirajara - Fundadores	Estudios y Proyectos del Sol S.A	25%
	CONCECOL S.A.S	75%

Fuente: Elaboración propia basada en los informes de la Agencia Nacional de Infraestructura (2019).

Por medio del documento CONPES 3924 (2018), se declaró la importancia estratégica de continuar con la ejecución del proyecto de la Autopista Ruta del Sol sector II, a través de las acciones adelantadas por el Instituto Nacional de Vía (Invías), el Ministerio de Transporte, el

Departamento Nacional de Planeación y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público para la aprobación de vigencias futuras con el fin de culminar con los compromisos viales priorizados para el progreso de la población colombiana. Dichas vigencias fueron aprobadas por el Consejo Superior de Política Fiscal a comienzos del 2019.

Ahora bien, dando continuidad a las fallas evidenciadas en los procesos contractuales de la Cuarta Generación de Concesiones Viales, se observan en los reportes de la Cámara Colombiana de Infraestructura (2018) los problemas por la intervención de las bandas criminales en al menos seis concesiones de la Cuarta Generación, forjando con ello significativos retrasos en los avances de obra. Dicho reporte fue entregado a los ministros de Defensa y de Transporte, con el fin de poner en marcha planes de contingencia que permitan la continuidad en la ejecución contractual. Entre las principales acciones terroristas se destaca la destrucción de bienes, la extorsión, las amenazas de muerte hacia los empleados y subcontratistas, la imposibilidad de recaudo de peajes, lo cual ha creado un terror generalizado entre la población y los ejecutores de obra. Esta serie de acontecimientos se ha observado con mayor intensidad en la zona norte del país. Por lo tanto, de acuerdo con el viceministro de infraestructura es imperativo ampliar los plazos.

En resumen, Colombia ha buscado en las últimas décadas avanzar en su infraestructura vial, con el fin de garantizar un incremento en el progreso económico y social de la población. Sin embargo, por causa de fallas en los procesos contractuales y la incidencia de factores externos, se ha retrasado el avance en las obras priorizadas por el Estado. Sí bien, no todas las obras han sido deterioradas por los elementos mencionados durante el documento, un alto porcentaje no garantiza la culminación de la obra según los cronogramas pactados en la adjudicación de los compromisos contractuales. Por consiguiente, es imperante el establecimiento de nuevos

mecanismos que mejoren los resultados en las Asociaciones Público - Privadas de la infraestructura vial.

Conclusiones

Las Asociaciones Público - Privadas, son una interesante alternativa para que el Estado logre garantizar sus compromisos con la población. No obstante, las experiencias en temas de infraestructura vial demuestran la necesidad de repensar el cómo se deben ejecutar estos contratos. Sí bien para Colombia resulta imperativa la construcción de una fuerte y sostenible infraestructura vial en complemento del Plan Maestro de Transporte Intermodal, se puede deducir la prioridad de generar mecanismos que reduzcan la corrupción en estos procesos. Al tratarse de cuantiosas sumas de dinero, donde el sector privado aporta su capital, conocimiento y asume riesgos, se genera una bifurcación entre los posibles contratistas que dan por alternativa el cohecho para asegurar con ello, suficientes rendimientos económicos a su favor. La bifurcación referida consiste en que las empresas nacionales e internacionales con capacidad de ejecutar una mega obra, no se encuentran inicialmente atraídas por este tipo de contratación, puesto que consideran que asumen altos niveles de riesgos que algunos no están dispuestos a asumir; quienes finalmente deciden participar en la construcción, adecuación, operación, mantenimiento, entre otras actividades, son las empresas que contemplan como garantía la corrupción. Es decir, el beneficio económico significativo que pueden obtener es adquirido por medio de la entrega de coimas y, por ende, el incremento exorbitante de los costos de las obras. En consecuencia, se puede entonces mencionar como una alternativa el reajuste en los riesgos que actualmente asume el sector privado, puesto que en el largo plazo quien asume mayor riesgo por el incremento de procesos ilegales es el sector público.

Ahora bien, el análisis en la constitución de los procesos contractuales de las Concesiones Viales de Cuarta Generación se realizó por medio del estudio normativo que esta contratación contempla. Así es como, el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (ley 80, 1993) dispone los aspectos legales de los contratos por concesión, implementando con ello, un incremento en la participación del sector privado en la prestación de servicios públicos, a cambio de rendimientos financieros. Con ello, la ley 1508 reglamentó las Asociaciones Público - Privadas, como la forma de materializar las obras de infraestructura con recursos privados, por consiguiente, esta normativa dio mayor claridad a la forma en que se debían establecer los procesos contractuales y que posteriormente fueron modificados por la ley 1882 de 2018, por causa del escándalo de Odebrecht. No obstante, se denota que los estudios previos de las obras de infraestructura son en su mayoría elaborados al ser un requisito dentro del proceso contractual y no como un paso elemental para el correcto funcionamiento de un contrato. Es decir, su elaboración no contempla los parámetros técnicos desde un análisis investigativo sólido que permita determinar unos pliegos de condiciones con las características necesarias que reduzcan los resultados negativos para el Estado. Por consiguiente, es imperativo reglamentar y exigir desde los entes de control y la normatividad, procesos eficientes para evitar el detrimento patrimonial e las obras contratadas por APPs.

A pesar de existir suficiente normativa en asuntos contractuales, esto no contemplan medidas necesarias para evitar fraudes que generen detrimento al patrimonio de Colombia, por tal razón, se observa un claro recuento de fallas en la construcción de las autopistas y autovías de la Cuarta Generación; lo que permite un significativo retraso que como consecuencia disminuye el progreso económico y social de la nación. Sí bien, lidiar con la cultura política es complejo porque se habla de una clase política acostumbrada al sistema corrupto, la única garantía en un

Estado democrático es que la población comprenda que por medio de la elección popular pueden transformar esta crisis institucional en Colombia. Aunque se pueda percibir como una idea utópica, es a través de la educación que se pueden reformar las realidades del país latinoamericano.

Así, una educación democrática con valores y una normativa hecha para las garantías de la población y no de quienes ostentan el poder, garantizarían el avance de Colombia hacia los procesos transparentes y eficientes. Adicionalmente, un sistema judicial comprometido con la justicia permitirá que quienes comentan delitos como los realizados en algunos contratos de la 4G retribuyan de forma justa a la población colombiana. Lamentablemente, de los países que recibieron sobornos por la Constructora Odebrecht, Colombia no ha logrado hacer un proceso eficaz en cuanto a condenas y procesos de los implicado por causa del juego de intereses de quienes son figuras de control y vigilancia en el país. Por consiguiente, es imperativa la veeduría ciudadana y el balance de poder en un Estado que desee garantizar cada día una mejor calidad en los bienes y servicios público.

Bibliografía

- Agencia Nacional de Infraestructura. (2019). El proyecto 4G Autopista al Mar 2 ya cuenta con cierre financiero por 652 millones de dólares. Recuperado de: <https://www.ani.gov.co/el-proyecto-4g-autopista-al-mar-2-ya-cuenta-con-cierre-financiero-por-652-millones-de-dolares>
- Agencia Nacional de Infraestructura. (2019). Proyectos de Infraestructura – Carreteras. Recuperado de: <https://www.ani.gov.co/proyectos-de-infraestructura-carreteras>
- Aponte, I. (2014). *Las fallas de planeación y su incidencia en el contrato estatal de obra*. Recuperado de: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/view/3831/4087>
- Clavijo, S (2016). *¿Cuál será el impacto de las 4G sobre el PIB- real?* Colombia: Asociación Nacional de Instituciones Financieras. Recuperado de <http://anif.co/sites/default/files/uploads/Mar1-16.pdf>
- Congreso de Colombia. (10 de enero de 2012). Ley de las Asociaciones Público - Privadas [Ley 1508 de 2012]. DO: 48.308
- Congreso de Colombia. (16 de julio de 2007). Ley de transparencia en los procesos contractuales. [Ley 1150 de 2007]. DO: 46.691
- Congreso de Colombia. (28 de octubre de 1993). Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. [Ley 80 de 1993]. DO: 41.094
- Congreso de Colombia. (9 de junio de 2015). Plan Nacional de Desarrollo 2014 – 2018. [Ley 1753 de 2015]. DO: 49.538.
- Consejo Profesional Nacional de Ingeniería. (2016). Procedimiento de licitación pública. Recuperado de: https://copnia.gov.co/sites/default/files/uploads/mapa-procesos/archivos/contratacion/Licitacion_publica.pdf

Constitución de la República de Colombia (20 de julio de 1991). Gaceta Constitucional Número 116.

Contraloría General de la República. (2018). Comunicado de Prensa n° 50- La no terminación de la Ruta del SOL – Tramo II les cuesta a los colombianos cerca de \$808 mil millones de pesos anuales. Recuperado de:

<https://www.contraloria.gov.co/documents/20181/960787/Comunicado+Impacto+negativo+para+el+pa%C3%ADs+por+la+no+terminaci%C3%B3n+de+la+Ruta+del+Sol+II++FINAL+%283%29.pdf/774a6556-cff6-41d0-8c0b-ae3af2c75607>

Departamento Nacional de Planeación. (2015). Lineamientos sobre el cierre financiero en los proyectos. Colombia: Subdirección de Proyectos e Información para Inversión Pública. Recuperado de:

<https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Inversiones%20y%20finanzas%20pblicas/Cierre%20financiero%20y%20estudios%20y%20dise%C3%B1os.pdf>

Departamento Nacional de Planeación. (2016). Resolución 1464. Recuperado de

<https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Participacin%20privada%20en%20proyectos%20de%20infraestructu/RESOLUCION%20%201464%20-%202016.pdf>

Departamento Nacional de Planeación. (2018). Declaración de Importancia Estratégica de la Continuación de las Obras de la Autopista Ruta del Sol. [CONPES 3924 de 2018]. Recuperado de:

<https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Conpes/Econ%C3%B3micos/3924.pdf>

Departamento Nacional de Planeación. (26 de mayo de 2015). Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional. [Decreto 1082 de 2015].

Foro Económico Mundial. (2018). *Informe Nacional de Competitividad 2018 – 2019*.

Recuperado de https://compite.com.co/wp-content/uploads/2018/10/CPC_INC_2018-2019_Web.pdf

Guzmán, N. (2018). *Estudio de caso: Odebrecht. Colombia*. Universidad EAFIT. Recuperado de:

https://repository.eafit.edu.co/xmlui/bitstream/handle/10784/12940/Natalia_Guzm%C3%A1nCasta%20Bio_2018.pdf?sequence=2&isAllowed=y

Presidencia de la República de Colombia. (12 de diciembre de 2017). Retribuciones en proyectos de Asociación Público-Privada. [Decreto 2100 de 2017]. DO: 50.445