

Incumplimiento Contractual: Un Estudio de Caso sobre Concesiones Carreteras en Colombia

Autor: **Mónica María Sinisterra Rodríguez**¹

Universidad del Cauca

Eje temático: Transparencia Corrupción y Rendición de Cuentas

"Trabajo preparado para su presentación en el X Congreso Latinoamericano de Ciencia Política (ALACIP), organizado conjuntamente por la Asociación Latinoamericana de Ciencia Política, la Asociación Mexicana de Ciencia Política y el Tecnológico de Monterrey, 31 de julio, 1, 2 y 3 de agosto 2019"

Resumen

Este documento investiga la relación causal entre el marco regulatorio y el desempeño de los contratos de concesión de carreteras bajo marcos institucionales débiles. A través de un estudio del caso de la Concesión Rumichaca – Pasto Chachagúí – Aeropuerto en Colombia utilizando la metodología de rastreo de procesos, se evidencia que la acción de terceras partes que velan –directa o indirectamente- por el interés público y se constituyen en garantes de que el Estado lleve a cabo sus responsabilidades cuando cede tareas al sector privado, es un eslabón clave del proceso causal. El análisis del caso permite identificar los desafíos de la política pública en presencia de oportunismo y falta de compromiso, la necesidad de mejorar el monitoreo y supervisión sobre el concesionario, y los retos para la gestión contractual efectiva de las Asociaciones Público Privadas (APP).

Palabras claves: concesiones de carretera, contratación incompleta, compromiso, contratos fallidos, monitoreo y evaluación

¹ La autora agradece la valiosa colaboración de la asistente de investigación Diana Maryuri Galindo así como de los funcionarios de la empresa de servicios públicos EMPATIA E.S.P. Este artículo se desarrolla gracias a la financiación de la Vicerrectoría de Investigaciones de la Universidad del Cauca en el marco del proyecto de investigación: "Fortalecimiento de los mecanismos de participación comunitaria y gobernanza local para la mejor identificación, priorización, gestión y control social de la provisión del servicio de agua potable en el Municipio de El Bordo (Patía)" ID 4494.

1. Introducción*

En Colombia en marzo de 2015, luego de un conflicto jurídico de 5 años un Tribunal de arbitramento decidió los millonarios pagos de compensación que el gobierno colombiano a través de su Ministerio de Hacienda debería pagar al concesionario que tenía por objeto la construcción y mejoramiento de la carretera Rumichaca – Pasto – Chachaguí –Aeropuerto, el incumplimiento del contrato por parte del concesionario según la Contraloría General de la República de Colombia, quedó relegado ante la demanda de debido proceso que instauró contra el Estado la empresa, dando lugar a la terminación anticipada del contrato el 30 de abril de 2015, fecha en que se determinó la reversión del trayecto Rumichaca – Pasto durante el segundo semestre de 2015 y el tramo Pasto - Chachaguí en junio de 2016. Diez años después de haberse iniciado obras que quedaron inconclusas, el gobierno nacional decidió volver a licitar los tramos anexando unos adicionales a un nuevo concesionario asumiendo el fracaso de la concesión COLRPC.

La Concesión de la Carretera Rumichaca – Pasto – Chachaguí – Aeropuerto en Colombia mostró un pésimo desempeño; de los diez años que duró el contrato, cinco años se gastaron en controversias contractuales, hubo retrasos en la entrega de obras lo que significó modificaciones al contrato, cambios no pactados en las dimensiones técnicas del diseño inicial de un túnel, e incumplimientos ambientales. El concesionario llevó los pleitos por incumplimiento para ser dirimidos judicialmente. Al final, un Acuerdo Conciliatorio dio fin al contrato de concesión con un desistimiento conjunto de la totalidad de pretensiones de las respectivas demandas de las partes.

* Este artículo es resultado de los proyectos de investigación: Marco Regulatorio y Efectividad de las Alianzas Público-Privadas en Infraestructura de Carreteras: Un Análisis del Desarrollo Carretero en Colombia, Chile, México y Perú (CIDE –Conacyt); y Efectividad de las Alianzas Público Privadas en Infraestructura de Carreteras: Un Análisis Económico del Desarrollo Carretero en Colombia (Vicerrectoría de Investigaciones de la Universidad del Cauca). Agradezco los comentarios a los primeros esbozos de este documento a Juan Fernando Ibarra, José Roldan Xopa, Martin Basurto y Ezequiel González-Ocantos.

A todas luces, la terminación anticipada del contrato y la no realización de las obras de infraestructura, evidencia un mal desempeño de la concesión. Como este, la historia de muchos proyectos de infraestructura en América Latina ha estado cargada de enormes fracasos como el Túnel del Melón en Chile, la carretera Arequipa Matarani en Perú, fracasos que conllevaron a pensar en una relación entre el tipo de contratos generados, el marco regulatorio bajo los cuales se firmaron y su desempeño. Es así como autores como Engel , Fisher y Galetovic (2008) terminaron por plantear que graves problemas en la estructuración de los contratos, vacíos en la ley, y falta de independencia del ente regulador fueron los principales causantes de los malos resultados.

La relación entre desempeño de las concesiones, o en general de los arreglos de APP y el marco regulatorio –en ocasiones descrito como debilidad institucional- ha sido abordada con suficiencia en la literatura por Tirole (1999), Laffont (2005), Chong y Sánchez (2003), Albaladejo, Bel y Fageda (2007), Estache y Wren-Lewis (2009), Engel Fisher y Galetovic (2008, 2014), Iossa y Martimort (2011, 2013), y Nieto – Parra, Olivera y Tibocho (2013). Siguiendo esta hipótesis, en varios países principalmente de América Latina a finales de los noventa se modificaron las leyes y el marco de los contratos para realizar las obras de infraestructura con el objetivo de lograr mejores resultados, sin embargo, los resultados de las reformas al marco regulatorio fueron variados, evidenciando un vacío en el entendimiento del proceso. Este estudio avanza en identificar el mecanismo causal que subyace en la relación entre marco regulatorio y desempeño entendido en forma multidimensional como la capacidad del contrato de cumplir sus objetivos (ser eficiente), asignar recursos al menor costo (ser eficiente) y lograr la satisfacción de los usuarios.

El fracaso de la concesión Rumichaca – Pasto – Chachaguí – Aeropuerto (en adelante COLRPC) llama la atención sobre cuáles son las condiciones ideales de los marcos regulatorios de los sectores en los que existe participación privada en la provisión del bien público. Dado que este contrato surge en un ambiente regulatorio reformado, un entendimiento profundo de su transcurrir puede dar luces acerca de cómo gestionar este tipo de contratos. Las concesiones de carretera (especialmente las de peaje) son

la principal forma de Asociaciones Público Privadas (APP) en el sector de infraestructura ellas constituyen el 35,44% del total de inversiones privadas a través de privados a nivel mundial, y el 48,37% en América Latina (Public Works Financing, 2011).

Las concesiones de carreteras son el espacio ideal para la comprensión del proceso puesto que en este sector los estándares de calidad son contratables, esto es, se pueden identificar las condiciones técnicas de construcción, operación y mantenimiento antes de firmar el contrato, ya que se tiene conocimiento completo de cómo elaborar la carretera y cuáles son las condiciones óptimas de manejo. Estos estándares de calidad deberían implicar iguales resultados en la provisión de carreteras, no obstante, nada más cierto de la realidad ocurre. Imprevistos como desastres naturales, condiciones ambientales y del terreno no calculadas, entre otros pueden acontecer, cada contrato es específico y sus condiciones de negociación y gestión quedan sujetas a los propios limitantes de la empresa concesionaria, la administración pública, los organismos de control y la ciudadanía.

Más paradójico aún es que habiendo sido gestado en un proceso de mejora del marco regulatorio de las concesiones en Colombia, tanto del diseño contractual como del marco legal, que se denominó la Tercera Ola de concesiones viales. La concesión COLRPC no tuviera el resultado esperado. El marco regulatorio se define de acuerdo a este estudio como el marco de ley que norma la actividad del concesionario, el sector público y la sociedad civil; y el diseño contractual que estructura la interacción entre el concesionario y el concedente. En general, el marco regulatorio provee al sector público de capacidades para estructurar apropiadamente la separación entre propiedad y control, establece sanciones, derechos y obligaciones para las partes, asigna los riesgos y genera el ambiente necesario para hacer cumplir los contratos y mejorar la percepción del público.

La tercera generación de concesiones se concentró en el mantenimiento integral y uniforme de la carretera, la continuidad en el tráfico de vehículos, y otra serie de innovaciones. Los proyectos concesionados como de tercera generación entregaron al

concesionario estudios previos de licencias ambientales, estudios de demanda de tráfico, adquisición de predios, y evaluaciones financieras preliminares². Además el plazo de la concesión era variable, por lo que el concesionario revierte la carretera al Estado colombiano cuando obtiene el ingreso esperado. Este es un aspecto importante pues se asumía que la falla de las concesiones de primera generación había sido la mala asignación de riesgos, la rigidez del plazo del contrato y el no haber incluido los estudios previos incluyendo la ausencia de estudios de demanda.

Las concesiones de tercera generación buscaban en su diseño contractual resolver los aparentes problemas de las concesiones anteriores desde que se inició la vinculación de la participación privada para la provisión de infraestructura carretera en Colombia (generaciones 1 y 2). No obstante estas concesiones tienen múltiples reclamaciones y no lograron superar la cuestión de las constantes modificaciones.³ Más aun, según Acosta et. al. (2008) después de que el sector público permitió que en el contrato de concesión Tobía Grande - Puerto Salgar se cambiara el objeto del contrato, la tercera generación de contratos aplicó lo que se llamó el criterio de gradualidad⁴ y anticipó su fracaso.

¿Por qué a pesar de gestarse en un marco regulatorio más refinado, que contempló una agencia independiente, flexibilidad del plazo de la concesión y mejor repartición de los riesgos (Tercera Generación de Concesiones), la concesión de la COLRPC fracasó en su desempeño y mostró baja efectividad? ¿Qué factores incidieron en que la relación causal marco regulatorio- desempeño no pudiera lograrse?, ¿Cuál es el papel de terceros actores en el mecanismo causal que produce mejor desempeño de las concesiones?

² Otra característica de las concesiones de tercera generación es que asigna el riesgo referente a gestión de compra de predios, y gestión o trato con comunidades a los concesionarios. La expropiación de los predios a cargo del Estado y se realizó la entrega antes de la etapa de construcción, junto con la adquisición de licencias ambientales.

³ De acuerdo con Acosta et. al., los principales problemas de las concesiones de tercera generación fueron: “una aplicación inconsistente de las políticas formuladas, la reducción del alcance físico por motivos estrictamente financieros, la incertidumbre en los efectos de discontinuidad de los corredores sobre la carga de larga distancia y la revalidación del concepto de desarrollo gradual que genera presiones financieras eventualmente innecesarias en el corto plazo” (2008: 19).

⁴ La gradualidad hacía referencia a “la ejecución de la inversión según el comportamiento de la demanda de tráfico, evitando el lucro cesante que genera el exceso de capacidad de vía” (Acosta et. al., 2008: 17)

El argumento principal de esta investigación es que en la concesión COLRPC faltó un mayor involucramiento de terceros (organizaciones no gubernamentales, grupos de interés, organizaciones de la sociedad civil y competencia política) que permitieran mejorar el desempeño de la concesión. En general, ciertos marcos regulatorios permiten constituir interacciones relativamente estables en los que se permite la participación activa de terceros actores que inducen monitoreo y realizan seguimiento sobre la concesión presionando por un mejor desempeño, mientras otros marcos regulatorios constituyen interacciones bajo las cuales la acción de terceras partes no tiene lugar dando como resultado un peor desempeño.

Este argumento provee una explicación alternativa a la hipótesis convencional, no solo explica el proceso causal que conduce al mejor desempeño de las concesiones, sino que también, detalla como ese proceso tiene lugar. El entendimiento del fracaso en el desempeño de la concesión COLRPC permite acercarnos a la comprensión del proceso causal que va de marco regulatorio a mejor desempeño de la concesión, a partir de la descripción de un caso extremo (negativo) que se caracteriza por tener presente una mejora del marco regulatorio pero sin los correspondientes efectos en el desempeño. Este hace más plausible el mecanismo causal y muestra que la relación no es trivial. Los casos negativos son casos con alta probabilidad de ocurrencia del fenómeno pero en los cuales este no se presenta. El usar un caso negativo permite explicar los límites de aplicación de la teoría, haciendo que el argumento sea más plausible.

La metodología que se siguió en el estudio es el rastreo de procesos (o *process tracing*)⁵. El análisis del caso puso todo el interés en la averiguación exhaustiva documentando cada paso de la cadena causal: marco regulatorio – acción de terceras partes – mejor desempeño; en especial, la ausencia o presencia de la variable clave: acción de la tercera parte, operacionalizable como número de acciones colectivas a

⁵ Es de tener en cuenta que la principal fuente de inferencia causal en estudios cualitativos no viene de la comparación entre casos sino de procesos dentro de los casos de estudio, por lo que no importa el valor de la variable dependiente en un caso relativo al valor de la variable dependiente en otro caso, lo que nos importa explicar es si la variable independiente tiene algún impacto o transmite poder causal y cómo esto sucede.

favor o en contra del desempeño de la APP. Respondiendo a las siguientes preguntas: ¿En qué medida grupos de interés intervinieron para el buen o mal desempeño de las APP? ¿Sus intereses quedaron plasmados en el contrato?

Este artículo contribuye al debate para entender: ¿Cuál es el tipo apropiado de regulación? ¿Se debe flexibilizar más los contratos o no? ¿Es necesario el involucramiento de un organismo independiente distinto a las cortes? ¿Cómo repartir los riesgos del contrato?, aportando piezas de evidencia que respondan a una o más de estas cuestiones. Este documento se desarrolla como sigue. La primera sección es esta introducción. La segunda sección describe el marco de análisis de los contratos de concesión de carretera. La tercera sección presenta los factores que llevaron al incumplimiento del contrato COLRPC. La cuarta sección expone las principales falencias contractuales, y finalmente, se exponen algunas conclusiones.

2. Un Marco de Análisis

En el interior de las APP subyace una concepción colaboracionista que plantea en forma ideal una nueva diferencias en marcos regulatorios enfocados en normar concesiones en el sector de carreteras; sino también comprender la medida en que cada país asimila las innovaciones contractuales concepción del Estado en el cual este cumple un rol direccionador y coordinador, bajo el cual la ciudadanía y en general el sector privado, encuentran mecanismos para satisfacer sus demandas sociales. Sin embargo en la práctica, es común encontrar APP's en las cuales el Estado mantiene altos niveles de autoridad en la relación con el sector privado o por el contrario queda cooptado a los intereses de grupos específicos, e inmerso en juegos de poder. Esta condición ha sido muy frecuente en la provisión de infraestructura carretera, sector en el cual las decisiones están altamente politizadas y la regulación no es plena⁶.

⁶ En general solo existe una exigencia para que se cumplan requerimientos ambientales y realice consulta a grupos étnicos que podrían ser afectados con un tramo carretero otorgado a una concesión.

El mecanismo detrás de la relación causal entre marco regulatorio y desempeño de los contratos de concesión proveniente de la Teoría de los Derechos de Propiedad (Hart y Moore, 1990; Hart, 1995, 2003), está mediado por los problemas de monitoreo y seguimiento debidos a la información incompleta como el principal eslabón de la cadena causal. El mecanismo opera como sigue: una mayor regulación –que afecte la distribución del riesgo y la flexibilidad contractual- con mayor monitoreo corrige los problemas de información incompleta y garantiza un mayor desempeño de la APP.

El monitoreo y seguimiento del contrato constituye así el factor clave que asegura un esfuerzo alto durante la implementación del contrato. La teoría asume que debe ser realizado por terceras partes como cortes y el aparato judicial que vele y garantice que el contrato se cumpla. Sin embargo para las terceras partes dada la información incompleta, muchas acciones no son verificables por lo que el monitoreo pierde fuerza.

Sin embargo, el monitoreo también puede ser realizado por terceras partes que operen como grupos de interés y contribuyan a monitorear y realizar seguimiento de las acciones tomadas tanto por el concesionario como por el concedente, en un estado regulatorio el rol de terceras partes no es sólo jugado por las cortes sino que es integrado principalmente por la sociedad civil organizada. Ahmad et. al. (2014), reconoce la necesidad de terceras partes confiables para el buen desempeño del contrato, específicamente reconoce la importancia de aseguradores y financiadores externos que actúen como terceras partes y vigilen el desempeño del contrato, dado que sus intereses están alineados con el éxito del proyecto de concesión.

El problema es que existe un riesgo de que las terceras partes sean oportunistas y afecten así el diseño del contrato⁷. El riesgo de comportamiento oportunista de terceras partes se define como “la continua presión bajo la cual grupos de interés pueden poner sobre las autoridades públicas que va más allá del lobby tradicional por operadores privados” (Spiller, 2009:45).

⁷ Este es el caso que relatan Engel, Fisher y Galetovic, 2001b: 225 - 226 para la concesión de la costanera Norte, una autopista urbana que no pudo ser licitada por la acción de varios grupos de interés, especialmente la Cámara Chilena de la Infraestructura que solicitaban “mejores” condiciones para la licitación.

“Con la intención de evitar las críticas de estas terceras partes, que tienen sus propios intereses estratégicos, o para evitar el riesgo de ser acusado de sesgos debido a la influencia de esos grupos, los gobiernos tienden a negociar y escribir contratos que son mucho más procedimentales que aquellos entre partes privadas” (Moszoro y Spiller, 2011: 26). Esto implica que bajo la influencia de terceras partes activas, los contratos de concesión tienden a ser más rígidos con altos costos de transacción e incluso de acuerdo a Moszoro y Spiller (2011) a generar menos renegociaciones. En busca de hacer los compromisos creíbles y facilitar la implementación, un número mayor de restricciones traslada mayores costos a las partes (Menard, 2013: 37).

Empero, no siempre las terceras partes serán oportunistas, y al contrario, bajo el enfoque de la gobernanza, estas terceras partes tenderán también a gobernar los contratos. Como lo plantea la literatura proveniente de la Administración Pública (Kettl, 1993; 2002) la responsabilidad del gobierno no se elimina automáticamente cuando se ceden funciones y tareas del sector público al privado, por lo que las acciones de terceros actores para identificar problemas públicos, evidenciar las fallas del Estado y formular propuestas de solución es importante.

Para autores como Mulder, A. (2004), el asunto de la gobernanza responde a la pregunta de cuanta promoción el gobierno debería proveer y tiene que ver con la eficiencia de las políticas del gobierno y la necesidad de definir un nivel óptimo de apoyo de la comunidad, las acciones de terceros actores no son tenidas en cuenta, y las del sector privado constituyen una restricción de participación.

Por tanto, la participación de terceros actores es un asunto que es decidido en el momento que se establece no solo la relación público-privada sino también, la relación entre la comunidad y las políticas gubernamentales. En ese sentido, asumimos que es posible la creación de dos estados de gobernanza: Por un lado, un conjunto de interacciones que establecen un régimen extractivo en que el oportunismo refleja los conflictos de intereses incluso de las terceras partes y en el cual, el concesionario

captura al Estado. La Captura del regulador ocurre cuando bajo información imperfecta e incompleta, la regulación de tarifas termina en el control o “captura” del regulador por parte de la empresa regulada quien actúa como grupo de interés, lo que es peor que la situación sin regulación, porque los precios son igualmente altos y además el regulador capturado es utilizado por la empresa regulada para impedir la entrada de competidores (Stigler, 1971). Por otro lado, un conjunto de interacciones que establecen un régimen colaborativo bajo el cual los terceros actores también regulan emprendiendo acciones de monitoreo sobre el concesionario, que impulsan el cumplimiento del contrato.

En resumen, el argumento se localiza en la reciente literatura de APP's que recoge los planteamientos de la literatura de contratos incompletos, la teoría de los derechos de propiedad, la teoría de los costos de transacción, la nueva economía de la regulación y la teoría de híbridos organizacionales. Y utiliza un enfoque mixto neoinstitucionalista y de economía política para rastrear el papel de los terceros actores en la relación causal marco regulatorio – desempeño.

3. La Crisis de Efectividad y la Terminación del Contrato

El 29 de diciembre de 2006 durante el gobierno de Álvaro Uribe Vélez se firmó el contrato de concesión entre el Estado Colombiano, representado por el Instituto Nacional de Concesiones (INCO) y el consorcio Empresa Desarrollo Vial de Nariño DEVINAR S.A. para realización de los estudios, diseños definitivos, gestión predial, gestión ambiental, gestión social, financiación, construcción, mejoramiento, rehabilitación, operación y mantenimiento por 19 años⁸ del proyecto vial COLRPC.

El proyecto comprendía la rehabilitación de una longitud de 117.61km incluía seis tramos: el tramo 1 Rumichaca – Pasto, tramo 2 variante Ipiales, tramo 3 Ipiales – Pasto, tramo 4 Pasto - Aeropuerto, tramo 5 variante Pasto, y tramo 6 Segunda calzada Pasto – Chachagüi - aeropuerto. La concesión se estableció sobre varios tramos existentes

⁸ El plazo de ejecución del contrato real depende de la cláusula 60, cláusula 9, y cláusula 14. En general el contrato se describe como variable dado que puede terminar en forma anticipada si el ingreso generado en pesos constantes de diciembre 31 de 2004 pactado es alcanzado antes de 19 años, y que hayan transcurrido al menos 10 años de la etapa de operación y mantenimiento.

para los cuales se debía hacer rehabilitación (tramos 1, 2, 3, y 4); y se requería construcción para los tramos 5 y 6. Las obras iniciaron el 16 de noviembre de 2007⁹ y se preveía una terminación de la etapa de construcción el 16 de noviembre de 2012 (5 años). El contrato de concesión estaba financiado por participación privada, ingresos por peajes y cofinanciación del Estado.

En la licitación participaron cinco consorcios integrados por 52 firmas, en su mayoría colombianas: Consorcio Galeras, Promesa de Sociedad Futura Devisur S.A., Promesa de Sociedad Futura Desarrollo Vial de Nariño, Promesa de Sociedad Futura Concesión Vial de Nariño S.A., y Autopista Sur Rumichaca-Pasto-Chachagüí S.A.(Construdata, 2015). El proyecto se adjudicó el 24 de octubre de 2006, y el contrato de concesión se firmó el 29 de diciembre de 2006. El factor de competencia de la licitación fue el menor plazo con base a los ingresos esperados.

La Concesión COLRPC pertenece a la tercera generación de concesiones en Colombia (CONPES 3045 de 1999), con una inversión comprometida de \$277,900 millones de pesos equivalente a unos 116 millones de dólares americanos (Acosta, Rosas y Silva, 2008: 17 cuadro 3), y se reconoció como obra de importancia estratégica por el documento CONPES 3391 de 2005 que anticipaba un aporte previo de la Nación de \$100,000 millones que daban viabilidad financiera al proyecto¹⁰.

El contrato básico tuvo 4 adendas o modificaciones:

- Modificación No. 1 (Diciembre 28 de 2007): Adelantar algunas actividades de rehabilitación, de gestión Predial (Trayecto 5A en doble calzada), Modifica las especificaciones de las grúas en el Proyecto, Valoraciones preliminares de estudios y diseños de obras adicionales e incorporar dentro del alcance básico

⁹ De acuerdo al contrato de concesión, la etapa de pre-construcción debía durar máximo seis meses y duró once meses; por lo que desde un inicio Devinar no cumplió con los compromisos adquiridos.

¹⁰ Además el Conpes 3536 de 2008 ratificaría la importancia del tramo para la competitividad del país, al impulsar la consolidación de corredores que soportan carga de comercio exterior y que conectan los principales centros de producción y consumo con los puertos marítimos, aeropuertos y pasos de frontera a través del programa Dobles Calzadas para la prosperidad. En este sentido se dará prioridad a la terminación de proyectos, promoviendo la homogenización de la capacidad vial.

del contrato en el Trayecto 5 (Variante Oriental de Pasto) el “Túnel de Daza”. El valor de las obras de este Otrosí ascendieron a la suma de \$ 48.860.000.000, igualmente, se adiciona el valor de \$ 437.069.000.000 al Ingreso Esperado de origen el cual quedará en \$736.069.000.000. El INCO aportó \$19.530.000.000.

- Modificación No. 2 (Abril 23 de 2008): Las partes acuerdan modificar el esquema de adquisición de predios establecido en Cláusula 38 del Contrato de Concesión. Se hace una delegación general en el Concesionario sobre el tema de enajenación voluntaria de los predios.
- Modificación No. 3 (Mayo 2 de 2008): Ampliación de las definiciones de la utilización de 01 “Interventoría” incluye los costos de supervisión y apoyo financiero del INCO.
- Modificación No. 4 (Diciembre 30 de 2009): Aclaraciones al Contrato Modificatorio No. 1 al del contrato de Concesión No. 003, con relación al valor estimado para la Interventoría del alcance Opcional; Modificación de la cláusula decima segunda del contrato de Concesión duración máxima de la Etapa de Construcción 60 meses (Consorcio Integral AIM, 2015).

En general, las adendas o modificaciones incorporaron obras adicionales, y aumentaron los costos totales del proyecto vial. Además, incluyeron modificaciones a los diseños y especificaciones iniciales. Así mismo, aunque el contrato establecía un plazo de ejecución de 19 años este periodo es variable dependiendo de si el concesionario obtiene o no el ingreso esperado. Según la Cláusula 14.5 del contrato de concesión, una vez transcurridos 10 años de la etapa de operación y mantenimiento, el contrato puede darse por terminado si el concesionario obtiene el ingreso esperado de forma anticipada, y puede prorrogarse –en periodos de dos meses cada vez- hasta por cinco años más. Un diseño de contrato flexible según Engel et. al. (2003) sería positivo para mejorar el desempeño del contrato, sin embargo, en este caso no fue así, el mecanismo flexible fue utilizado por el concesionario como un mecanismo para no rendir cuentas.

Para el 2013, el contrato de concesión COLRPC se encontraba en proceso arbitral ante Tribunal de Arbitramento de la Cámara de Comercio de Bogotá (CCB) convocado por el concesionario Devinar S.A. por incumplimiento contractual de las partes. La ANI demandó la declaratoria del desequilibrio económico del contrato en contra de los intereses del Estado y perjuicio fiscal. En el proceso intervino la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, para salvaguardar los intereses patrimoniales del Estado.

Entre los incumplimientos del contrato están: i) el incremento de 18 meses en la etapa de construcción, mejoramiento y rehabilitación de los trayectos 1, 2, 3, 4 y 6, generado por la firma del modificadorio No. 4 de 2009 ii) atrasos en el cronograma de obras del trayecto 6 y 5a; la construcción del Túnel de Daza, que no se ajustó a las dimensiones técnicas del diseño inicial, sin que dicha diferencia fuese tenida en cuenta por las partes para disminuir el valor del túnel y así modificar (disminuir) el ingreso esperado generado por la adición del túnel a la concesión, acorde a las modificaciones del diseño.

Ese mismo año, la Contraloría General de la República por medio de la Contraloría Delegada para el Sector de Infraestructura Física y Telecomunicaciones, Comercio Exterior y Desarrollo Regional (CGR-CDIFTCEDR), certificó que “el contrato de Concesión Vial COLRPC, presenta un alto grado de incumplimiento y de atrasos en su ejecución” (CGR-CDIFTCEDR, 2013: 6). Según la CGR-CDIFTCEDR los hechos se debieron a la ausencia de control y monitoreo de las obligaciones contractuales en varios periodos y a una mala interventoría realizada por la empresa Consorcio Interventoría P&B entre enero de 2009 y febrero de 2011.

Las modificaciones técnicas al contrato fueron pasadas por el concesionario el 3 de noviembre de 2008 al INCO y serian refrendados en la adenda # 4 del 30 de diciembre 2009 que cambiaba las medidas del túnel y establecía como plazo de construcción 36 meses a partir de la firma del acta de inicio, que debía tener revisión y concepto de la firma interventora previo inicio de la construcción, sin embargo, este concepto nunca se realizó y las obras iniciaron. De acuerdo a la CGR-CDIFTCEDR Devinar S.A. omitió la sensibilización del modelo financiero, se reportaron hallazgos de alcance penal, fiscal y

disciplinario, -que constituyen causales de caducidad, como consecuencia al incumplimiento del contrato. Por tales razones, la Contraloría imputó responsabilidad fiscal por \$6.698 millones en contra de concesionario de la vía COLRPC.

La adenda # 4 es clasificada como ilegal por ser contraria a las condiciones del contrato de concesión al ajustar los diseños de la obra concesionada. La implicación de esto es que la adenda # 4 aparece como modificación unilateral sin embargo, es claro que esto no es posible y hubo participación de actores del ente público en el proceso.

Ante el claro fracaso de la concesión, y las demandas de los gobiernos regionales y locales por ponerle fin a la concesión¹¹, la concesión fue a control político en la Comisión Sexta y luego a la Comisión Primera del Senado de la República de Colombia (Prensa Senado, 2013). El 10 de junio de 2014, se suscribió Acuerdo Conciliatorio ante Tribunal de Arbitramento entre la ANI y el Concesionario Devinar S.A. en el cual se plantea la terminación anticipada de mutuo acuerdo del Contrato de Concesión 003 de 2006 en el que se determinó la terminación anticipada del contrato (ANI, 2013). El principal objetivo del acuerdo fue permitir la continuación del proceso de contratación de las nuevas concesiones del programa de cuarta generación (4G) del departamento de Nariño y dar fin a las controversias existentes con el Concesionario (Cárdenas, J.H., 2012).

La terminación anticipada del contrato permitió liberar el tramo Pasto, Rumichaca (6-3) e incluirlo dentro de la segunda ola de vías de cuarta generación. No obstante, todo el tramo concesionado se revierte totalmente al Estado el 30 de junio de 2016 fecha hasta la cual el sector público debía garantizar los ingresos mínimos. En marzo de 2015 ante el Tribunal de Arbitramento se resolvió que el Ministerio de Hacienda debía girar 132,333 millones de pesos a Devinar. El Ministerio de Hacienda acordó pagar en Títulos de Tesorería (TES) con vencimiento el 24 de julio de 2020 con una tasa cupón

¹¹ Entre estos actores están las declaraciones de la Asociación de Ingenieros de Nariño y el Consejo Gremial del Nariño. Caracol Radio (2013, agosto 01)

del 11% la deuda que heredó la ANI del contrato adjudicado en el 2006 por el INCO (La República, 2015).

En la actualidad, la ANI concesionó el tramo Rumichaca-Pasto al consorcio EP SAC 4G (conformado por la española Sacyr (60%) y Herdoiza Crespo Concesiones Colombia SAS (40%) (Dinero, 2013). Este nuevo proyecto fue adjudicado el 24 de julio de 2015 por un valor de \$1,2 billones y contempla la construcción de una segunda calzada de 80 kilómetros entre Ipiales y Catambuco, como también seis intersecciones viales, 2,6 kilómetros de túneles y 1,5 kilómetros entre puentes y viaductos (HSB, 2015). Sin embargo, llama la atención que buena parte de los problemas que la concesionaria anterior presentó como causales de su mal desempeño, se mantenían al momento de volver a entregar en concesión la obra, por lo que nuevamente el gobierno trasladó estos riesgos al privado a pesar de ser el gobierno el que mejor podría administrar temas como la negociación con comunidades o licencias ambientales.

4. Entre el Compromiso Limitado y el No Compromiso

Aunque el contrato de concesión contaba con garantías financieras de liquidez y cambiaria durante periodos de estrechez del flujo de caja que se contabilizan en el ingreso esperado, estas garantías no eran respaldadas por terceros externos de acuerdo a las cláusulas del contrato de concesión, sino por financiadores locales que actuaron en concierto con el concesionario.

Cuadro 1 Garantías del Contrato

Garantías del Concedente	Garantías del concesionario
Garantías tarifarias. La tarifa se ajusta a la inflación (nacional), el contrato contempla que en caso de que “una entidad pública no permitiera el cobro de la tarifa de acuerdo a la formula anterior, el Concedente deberá retribuir	Garantías sobre el capital. Con base en el patrimonio autónomo constituido en la fiducia.

al Concesionario la diferencia correspondiente, como resultado de multiplicar el volumen de tráfico por las tarifas indexadas con la metodología prevista en la Resolución 2253 de 2006 del Ministerio de Transporte.	
Garantía de ingreso Mínimo para Atención al Servicio de la Deuda: de acuerdo a los periodos de aforo garantiza el manejo de liquidez (subcuenta en el Fondo de Contingencias) -SISDA-	Garantías operativas: constitución de un fideicomiso de flujos sobre los peajes recaudados
	Garantía única de cumplimiento, que debía incluir: amparo de cumplimiento del contrato, amparo de pago de salarios, amparo de estabilidad de obra, amparo de calidad, amparo de responsabilidad civil extracontractual, y amparo por fuerza mayor.
	Otras Garantías: Garantías sobre seguros de accidentes.

Fuente: Elaboración propia con base en el contrato de concesión

Una característica del contrato es que es demasiado específico, la aparente flexibilidad que se quiere otorgar con el plazo variable del contrato de acuerdo al ingreso esperado, se pierde con el detalle de las contingencias expresadas en cada una de sus cláusulas, por ejemplo, en la cláusula 23 de la obligación del concesionario de establecer una fiducia, se hace referencia al caso en que no lo haga en menos de cinco días, en caso de que lo haga posterior a los cinco días, dónde acudir, qué documento hacer, qué estipular, cómo le afectan las modificaciones al contrato, muestra cada una de las

posibles modificaciones, su plazo de vigencia, variaciones del plazo, subcuentas de la fiducia, número de depósitos a realizar en la fiducia y fechas, etc.

Para la solución de controversias se estableció una firma Asesora Financiera, una de asesoría de ingeniería y un Asesor Jurídico que actuaran para dirimir las controversias del contrato. El contrato de concesión terminó por poner en el sector público más riesgos de los que podía manejar, el INCO debía hacer pagos al concesionario por concepto de compensación tarifaria cuando la demanda no compensara el ingreso esperado, además según el contrato de concesión, el sector público debía entregar un Soporte de Ingreso para el Servicio de la Deuda Ajustada (SISDA) que se reconocía mensual al concesionario. Finalmente, el contrato dejó para el alcance del proyecto los estudios y diseños definitivos de las obras en particular del túnel de Daza, esta incertidumbre no fue corregida en el contrato, y al contrario el error se mantuvo en la reciente licitación.

El concesionario esperaba recibir por concepto de ingresos por recaudo de peajes durante el término del proyecto, por la ejecución del alcance del contrato \$299,000 millones de pesos del 31 de diciembre de 2004. En general, su principal fuente de ingresos fueron los ingresos por peajes, sin embargo, se retrasó en las obras que nunca entraron en operación, al contrario solicitó pagos al sector público por ingreso esperado y recibió los ingresos por peaje de la infraestructura existente.

Como se ha visto, el contrato de concesión COLRPC no suprime el comportamiento oportunista, la cláusula 17 permitía la modificación unilateral a partir de “acto administrativo debidamente motivado” para supresión o adición de obras, trabajos, suministros o servicios. La cláusula 53 permitía que si las modificaciones alteraban el valor estimado en un 20% o más, el concesionario podía renunciar a la continuación de su ejecución.

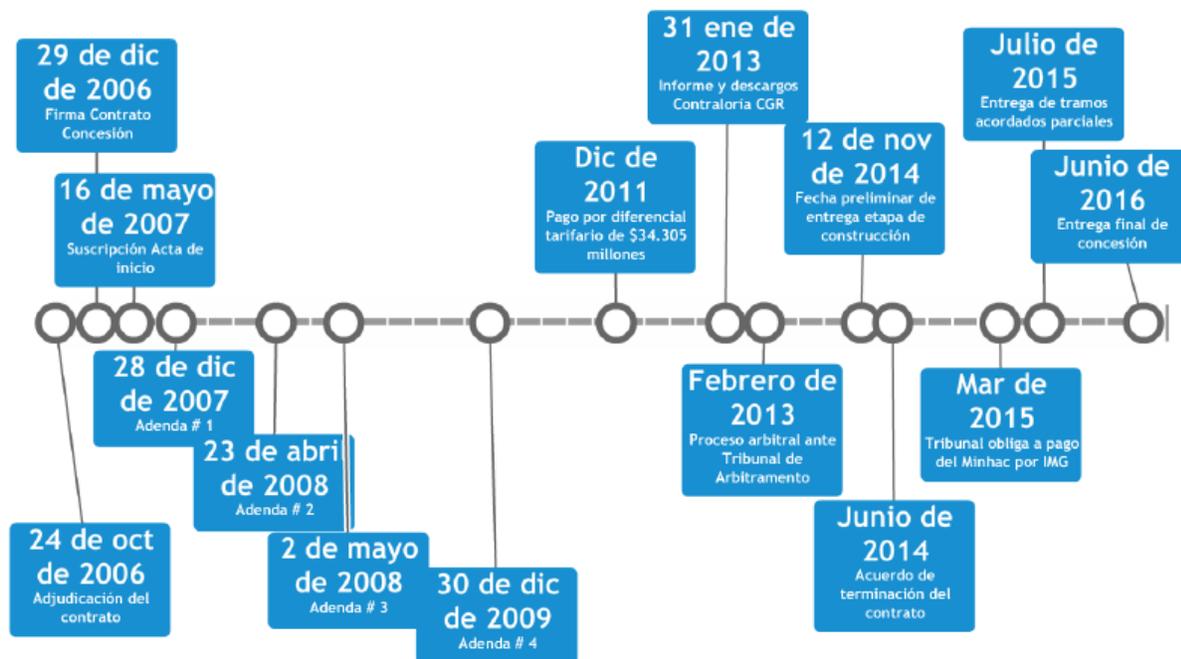
La cláusula 64 claramente exponía que el monitoreo y supervisión de la concesión debía ser llevado a cabo por el INCO hoy Agencia Nacional de Infraestructura a través

del interventor, quien es contratado de conformidad a las normas aplicables. Por tanto las inacciones y malas decisiones del interventor son también responsabilidad del INCO. El hecho de que el INCO - ANI hubiera aparecido al final del proceso como no responsable, deja entrever que no existió una verdadera asunción de responsabilidades¹².

La pérdida patrimonial descrita en la sección 5.6 fue asumida socialmente, en cuanto el gobierno debió pagar con recursos públicos el ingreso mínimo garantizado a una empresa que no cumplió con sus compromisos y sin embargo no resultó responsable. Todo esto aconteció de acuerdo al mecanismo causal formulado en esta investigación porque no hubo en ninguna parte del proceso de concesión la acción de terceras partes que monitorearan el proceso a partir del marco regulatorio y presionaran al concesionario por acciones de mejora en el desempeño. En resumen, a pesar de haberse hecho bajo la reforma regulatoria y tener varias innovaciones contractuales que debían predecir el éxito de la concesión, este no fue el caso en la concesión COLRPC (ver figura 1).

Figura 1. Línea de Tiempo Concesión Rumichaca-Pasto-Chachagui-Aeropuerto

¹² “El veedor afirmó que ante la posibilidad de que se deba indemnizar a Devinar a causa de la terminación anticipada del contrato, se evidencia que el Gobierno nacional cometió un error desde el principio ya que firmó un contrato ‘lesivo’ para beneficiar a Devinar.” entrevista para hsbnoticias.com
<http://hsbnoticias.com/noticias/nacional/reacciones-tras-anuncio-de-acabar-contrato-con-devinar-83359>



Fuente: Elaboración propia con información de la ANI

La principal razón de esto fue que se requería la acción de terceras partes interesadas que estuvieran atentas al comportamiento del concesionario, e impidieran que Devinar incumpliera el contrato.

No existe evidencia de la acción de terceros en la forma descrita en el mecanismo causal. En primer lugar, no participó en el contrato ni se obligó al concesionario a financiarse con financiadores externos que generalmente controlan mejor el comportamiento del concesionario. En segundo lugar, la comunidad de usuarios de la carretera no se interesó por las condiciones de calidad ni de entrega, solo realizaron movilizaciones para impedir la relocalización de una estación de peaje y bajar las tarifas¹³; en ningún momento los usuarios y la comunidad se percataron que la estación de peaje de Chachagüí no cumplía con las especificaciones técnicas, así mismo el interventor de la obra. Finalmente, los gobiernos regionales y locales aprovecharon que la obra no estaba especificada totalmente y que mucho se dejaba al alcance del

¹³ De acuerdo a declaraciones en diarios locales, hubo demandas tardías por terminación del contrato debido al incumplimiento del concesionario (Fuente: Cámara de Comercio de Pasto (2013, junio 24) Acuerdo Pronto o Caducará Concesión. Disponible en: <http://www.ccpasto.org.co/index.php/noticias/item/41-acuerdo-pronto-o-caducar%C3%A1>) pero no demandas por calidad.

proyecto para hacer política con la posible inclusión de accesos a municipios, sus intervenciones aparecieron coyunturalmente solo al principio cuando se concesionó el proyecto y al final pero nunca sus acciones intervinieron para monitorear o supervisar la obra.

Por tanto, es claro que cuando no existe la acción de terceras partes motivadas en que el proyecto funcione con calidad y oportunidad, la cadena causal marco regulatorio – desempeño de la concesión no funciona.

5. Conclusión

Como son muchos los elementos detrás del marco regulatorio, y se vuelve en ocasiones tan difuso su tratamiento, esta variable ha perdido su fuerza como factor explicativo en la provisión de infraestructuras públicas; más aún para explicar el desarrollo carretero. En la actualidad, la estructuración de los proyectos de concesiones de carreteras se encuentra en un ambiente de políticas ambivalentes que desregulan y re-regulan el sector.

En el plano de la implementación de políticas públicas este fenómeno limita la gestión contractual efectiva de los contratos de concesión realizados entre el sector público y el privado. Esta investigación a partir de un trabajo de rastreo y obtención de piezas de evidencia, logra mostrar que el mecanismo que explica la relación entre el marco regulatorio y el desempeño de las concesiones de carreteras existe a través del cual una entidad –terceras partes interesadas- realizan o inducen monitoreo y evaluación de la contratación y presionan por un mejor desempeño.

Obtuvimos conjeturas que hacen al mecanismo plausible, mediante un proceso deductivo se logró proveer evidencia empírica suficiente que prueba la necesidad de las partes del mecanismo causal, bajo el cual un mejor marco regulatorio caracterizado por generar mayor compromiso de las partes de la APP, limitar el comportamiento oportunista del gobierno, y realizar una distribución apropiada del riesgo; genera las

condiciones para que terceras partes interesadas induzcan monitoreo y regulación a partir del marco regulatorio existente, y entonces esas terceras partes presionen a la APP por un mayor desempeño de la concesión carretera. El análisis dentro del caso COLRPC no permitió inferir todas las partes del mecanismo causal formulado.

El marco regulatorio es importante, pero se requiere tener las fuerzas que transmiten sus efectos en el resultado final de desempeño de la APP. Estas fuerzas fundamentales se constituyen por terceras partes interesadas capaces por medio de las atribuciones que les otorga el marco regulatorio ya sea el diseño del contrato o el marco de ley, monitorear y supervisar el contrato y presionar para un mejor desempeño.

Esta teoría no solo fundamenta la necesidad de rendición de cuentas sino que explica en qué forma las terceras partes deben actuar, un mejor marco regulatorio aún con innovaciones contractuales por sí sólo no garantiza buenos resultados. El buen desempeño de los contratos de concesión, y en general, de las APP requiere la acción de terceras partes interesadas. Este resultado es de importancia tanto para las agencias regulatorias como para las entidades multilaterales que promocionan este tipo de procesos.

Referencias Bibliográficas

Aguilar, L. F. (2010). El Futuro de la Gestión Pública y la Gobernanza Después de la Crisis. En *Revista Frontera Norte*, 22 (43), enero –junio, 187 – 213.

Ahmad, E., Bhattacharya, A., Vinella, A. & Kezhou, X. (2014). *Involving the Private Sector and PPs in Financing Public Investments: Some Opportunities and Challenges*. Asia Research Centre Working Paper 67, 55p.

ANI (2013). ANI y Concesionario Devinar Llegan a Acuerdo de Terminación Anticipada de Proyecto Vial, 30 de octubre de 2013. Disponible en:

<http://www.ani.gov.co/article/ani-y-concesionario-devinar-llegan-acuerdo-para-terminacion-anticipada-de-proyecto-vial>

Albalate, D., Bel, G & Fageda. X. (2007). Privatization and regulation of toll motorways in Europe .University of Barcelona. (ppre-IREA). Research Institute of Applied Economics working paper. 4 23 p.

Araujo, J.P. & Sierra, A. C. (20013).Concesiones de Cuarta Generación Impacto sobre los seguros de cumplimiento. En FASECOLDA, *Febrero*, 165 – 199 pp.

Cárdenas, J. H. (2012). *La precalificación de concesionarios: Herramienta de transparencia*. [presentación en powerpoint] Recuperada en:

<http://www.ani.gov.co/proyecto/general/cuarta-generacion-de-concesiones-1068>

Caracol (2013) Ingenieros piden restructuración de la concesión vial Rumichaca- Pasto-Chachagui agosto 01 de 2013. Disponible en:

http://caracol.com.co/radio/2013/08/01/economia/1375339140_943165.html

CGR-CDIFTCEDR. (2013). Informe de Resultados Actuación Especial de Fiscalización Concesión Vial Rumichaca-Pasto-Chachagui-Aeropuerto Gestión Predial del Adicional # 1 de 2010 CTO 444/94 Bogotá – Villavicencio. Contraloría General de la República -Contraloría Delegada para el Sector de Infraestructura Física y Telecomunicaciones , Comercio Exterior y Desarrollo Regional, 31 de enero de 2013.

Chong, A & Sánchez, J. M. (Eds). (2003). *Medios privados para fines públicos: participación privada en infraestructura en América Latina*. Washington, DC: Banco Interamericano de Desarrollo, 250p.

Consorcio Integral AIM (2015). Descripción del Proyecto – Hitos Contractuales, septiembre 30 de 2015. Disponible en:

<http://www.interventoriaconcesionrpcha.com/descripcion-del-proyecto/hitos-contractuales>

Construdata (2006). Concesión Rumichaca-Pasto-Chachagüí, 31 de agosto de 2006. Construdata. www.construdata.com

Coppedge, Michael. "Venezuela: Popular Sovereignty versus Liberal Democracy," Kellogg Institute Working Paper #294 (April 2002).

Dinero (2013). Gobierno abrirá licitación para Rumichaca – Pasto, junio 24 de 2013. Disponible en: <http://www.dinero.com/pais/articulo/licitaciones-para-vias-4g/207082>

Engel, E., Fisher, R., & Galetovic, A. (2008). *Public-private partnerships: when and how*. Documento de trabajo, Yale University Universidad de Chile y Universidad de los Andes.

----- (2014). *Economía de las Asociaciones Público Privadas: Una Guía Básica*. Fondo de Cultura Económica. México. 255p.

Estache A. & L. Wren-Lewis. (2009). Towards a Theory of Regulation for Developing Countries: Following Jean-Jacques Laffont's Lead. En *Journal of Economic Literature*, 47(3), 729-770.

Gerring, J. (2007). *Case Study Research Principles and Practices* Cambridge University Press

Greve, C & Ejersbo, N. (2002) *when Public-private partnerships Fail: The Extreme Case of the NPM-Inspired Local Government of Farum in Denmark*. Nordisk Kommunal forskningskonference 29 November - 1 December 2002

Greve, C & Hodge, G. (2010). "**Public-Private Partnerships and Public Governance Challenges**" En *The New Public Governance: Emerging Perspectives on the Theory and Practice of Public Governance*. ed. / Stephen Osborne. London: Routledge, pp. 149-162.

----- (2011). *Theorizing Public-Private Partnership Success: A Market-Based Alternative to Government?* Documento de trabajo Public Management Research Conference at Syracuse University 2-4 June 2011 Tomado openarchive.cbs.dk/bitstream/.../Greve_2011_c.pdf

----- (2012). *Public-Private Partnerships: Observations on Changing Forms of Transparency* Documento de trabajo. Copenhagen Business School, Dinamarca y Monash Centre for Regulatory Studies, Australia. Paper for

the Transatlantic Conference on Transparency Research, Utrecht University, the Netherlands, 7-9 June.

Guasch J. L. (2004). *Granting and Renegotiating Infrastructure Concessions*, World Bank, Washington D.C.

Hart, O. y Moore, J. (1990). "Property rights and the nature of the firm". *Journal of Political Economy*, (98:6), 1119-1158.

Hart, O. (1995). *Firms, contracts, and financial structure*, Oxford: Oxford University Press.

Hart, O. (2003). Incomplete contracts and public ownership: Remarks, and application to public private partnership. En *Economic Journal* , 119, 69-76.

HSB (2015,) Gobierno abre licitación de la vía de cuarta generación Rumichaca – Pasto.HSBnoticias.com marzo 22 de 2015. Disponible en:<http://hsbnoticias.com/noticias/nacional/gobierno-abre-licitaci%C3%B3n-de-la-v%C3%ADa-de-cuarta-generaci%C3%B3n-rumichaca-%E2%80%93-pasto-130462>

Iossa, E., and D. Martimort. (2011). *Post-Tender Corruption and Risk Allocation: Implications for Public-Private Partnerships*, mimeo.

Iossa, E. & D. Martimort. (2013). "The simple microeconomics of public private partnership", *CEIS RESEARCH PAPER SERIES* 6, 12 (139), Feb, 39 p.

INCO. (2010). Ficha Seguimiento Concesion Rumichaca Pasto Chachagui. Disponible em:

https://spi.dnp.gov.co/App_Themes/SeguimientoProyectos/ResumenEjecutivo/0033000090000.pdf

Laffont, J. (2005). *Regulation and Development*. Cambridge: Cambridge University Press.

La República (2015). Nuevo Pago de Gobierno a Devinar por Concesión, septiembre 25 de 2015.

- Menard, Claude. (2013). Is Public-Private Partnership Obsolete? Assessing the Obstacles and Shortcomings of PPP. Piet de Vries et Etienne B. Yehoue. The Routledge Companion to PublicPrivate Partnerships, Routledge, pp.149-174, 978-0-415-78199-2.
- Moszoro, M.W & Spiller, P. T. (2011). Three Isn't Always a Charm: Third-Party Opportunism, Scrutiny, and the (In) Efficiency of Public Contracts. Documento de trabajo IESE Business School y University of California. En http://www.hw.ac.uk/schools/managementlanguages/documents/newsevents/TPO_paper_v9.pdf
- Mulder, Arjen. 2004. Government Dilemmas in the Private Provision of Public Goods. Rotterdam School of Economics, Erasmus University of Rotterdam. 247p.
- Nieto-Parra S., Olivera, M. & Tibocho, A. (2013) , *The Politics of Transport Policies in Colombia*, OECD Development Centre Working Paper No. 316, OECD, Paris.
- Notireto. (2015). ¡1300 Puentes para Colombia! En *Revista Notireto*, 130, 44 – 46.
- Prensa Senado (2013, julio 30) Bancada nariñense pide caducidad de concesión Rumichaca, Ipiales, Pasto. Disponible en: <http://www.senado.gov.co/historia/item/17760-bancada-narinense-pide-caducidad-de-concesion-rumichaca-ipiales-pasto>
- Public Works Financing . (2011)., *octubre*, Boletín, 264
- Spiller, P. T. (2009). An institutional theory of public contracts: regulatory implications, In: Claude Ménard and Michel Ghertman, (eds.), *Regulation, De-Regulation and Re Regulation*, Cheltenham: Edward Elgar Pub., chap. 3: 45-66.
- Spiller, P. (2011). *Transaction Cost Regulation*. Documento de trabajo University of California Berkeley & NBER. 31p.
- Stigler, G. (1971). The Theory of Economic Regulation. Bell Journal of Economics and Management Sciences, Vol. 2.
- Tirole, J. (1999). Incomplete Contracts: Where Do We Stand? En *Econometrica*, 6(4) 741 – 781.