

PROJECT FINANCE

**Derechos humanos
en el financiamiento y
estructuración de proyectos**



ASOCIACIÓN
AMBIENTE | SOCIEDAD

PROJECT FINANCE: **Derechos humanos** **en el financiamiento** **y estructuración de proyectos**

Laura Montaña - David Cruz



ASOCIACIÓN
AMBIENTE Y SOCIEDAD

***Project finance: Derechos humanos en el financiamiento
y estructuración de proyectos***

Primera edición: 2020

Derechos Reservados

© Asociación Ambiente y Sociedad

© Laura Montaña

David Cruz

ISBN: 978-958-5402-44-7

Producción editorial

Ediciones Aurora

Diseño portada

Leonardo Suárez

Impresión

Nomos Impresores

Impreso en Colombia

Printed in Colombia

Contenido

Introducción	5
1 <i>Project finance</i>: su estructura	9
Breve reseña del modelo	9
¿Qué es el <i>project finance</i> ?	10
Tipos de contratos relacionados a <i>project finance</i>	22
Aspectos políticos y económicos de la financiación de proyectos viales bajo el esquema de asociaciones público privadas	23
CONPES 3760: Cuarta generación de concesiones viales	23
2 Concentración del mercado de infraestructura: El caso Odebrecht y Corficolombiana	29
El caso de la Ruta del Sol II	35
La participación de las comunidades locales y el modelo de infraestructura	40

3 Estándares nacionales e internacionales en derechos humanos para empresas y bancos en el desarrollo de proyectos de <i>project finance</i>	41
Principios rectores sobre las empresas y los derechos humanos y el Plan Nacional de Acción.....	42
Los principios rectores en el marco de las APP	44
<i>Thun Group of Banks</i> : Una interpretación de los Principios Rectores de Naciones Unidas desde los bancos.....	47
Otros lineamientos y estándares aplicables: La iniciativa financiera del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente.....	50
Conclusiones y comentarios finales	55

Introducción

El modelo de financiación de *project finance* ha sido utilizado desde los años setenta para la estructuración y financiación de proyectos de largo plazo que requieran grandes cantidades de capital.¹ Desde el año 2000 se ha convertido en una de las principales herramientas de financiamiento en países en *desarrollo* ya que permite a gobiernos con pocos recursos públicos tener la capacidad económica de ejecutar megaproyectos de infraestructura mediante la intervención de privados. Sin embargo, a medida que han aumentado estos proyectos se han presentado diversos casos de vulneraciones a los derechos humanos, especialmente en comunidades locales, pueblos indígenas y ciudadanía, quienes son impactadas directamente en la construcción de las obras.

El modelo de *project finance* es, principalmente, una herramienta que permite estructurar la parte financiera de los proyectos, por lo tanto, se ha mantenido lejos del debate y del conocimiento público. Esta estructura financiera y “técnica” de los contratos se ha separado de la evaluación de los impactos que tienen los proyectos en las comuni-

¹ Es decir, que requieren un alto uso de medios financieros, dinero, en vez de otros factores de producción, como la mano de obra.

dades, bajo el argumento de que ésta es una relación exclusiva entre quienes prestan el capital monetario para el proyecto y quienes lo van a ejecutar sin estar relacionado con los usuarios del servicio o las instituciones estatales.

En general, la relación entre empresas, bancos y derechos humanos, es un debate abierto que nace de la necesidad de profundizar en la dimensión económica de algunos conflictos. Franzki² señala la necesidad de visibilizar la violencia estructural del sistema económico, es decir, ir más allá de la violencia física de los hechos y pasar a profundizar en el papel y responsabilidad del mercado, la economía y los actores privados como las empresas y corporaciones en casos de violaciones a los derechos humanos.

A partir de lo anterior, en el marco de los principios de empresas y derechos humanos es necesario profundizar en el rol de las empresas privadas y sus políticas financieras en el espectro de los derechos humanos. También es importante evaluar el papel de los bancos y las instituciones financieras, y sus responsabilidades en la protección, fomento y aplicabilidad de los derechos. Actualmente existen múltiples principios y mecanismos internacionales, como los principios de Ecuador, que buscan visibilizar el rol de estas entidades y estos modelos financieros al momento de determinar, evaluar y administrar los riesgos sociales y ambientales de sus proyectos. Sin embargo, como se abordará más adelante, son lineamientos limitados cuya implementación aún no es efectiva, su alcance es reducido y funcionan principalmente como guías cuyo cumplimiento no es obligatorio.

² Franzki, H. (2017). Clase XII: Derechos Humanos, Corporaciones y Teoría Crítica. Especialización en Derechos Humanos y Estudios críticos del derecho. Clacso.



Asimismo, en el marco nacional se ha buscado, desde el Plan Nacional de Empresas y DDHH hasta en conceptos como el CONPES, determinar cómo valorar y cuantificar de manera apropiada riesgos que puedan afectar derechos humanos de comunidades en estos megaproyectos. En esa medida consideramos necesario enfocar el cómo estos esfuerzos internacionales y nacionales se pueden ver aplicados en el modelo financiero usado actualmente en Colombia para el desarrollo de proyectos de infraestructura. Actualmente los grandes proyectos de infraestructura en Colombia, como las 4G, entre muchos otros,³ están siendo estructurados bajo un modelo de *project finance*.

Los impactos que se han identificado en materia de derechos humanos tienen relación con conflictos laborales, en las cadenas de suministro, por la adquisición de terrenos y por la legitimidad de los proyectos desde la perspectiva de las poblaciones locales.⁴ Existen conflictos tanto en las consultas previas con comunidades étnicas, como en comunidades que no cuentan con este mecanismo de participación y que rechazan los proyectos que se pretenden implementar. Se deben tener en cuenta asimismo las vulneraciones que estos megaproyectos ocasionan en materia ambiental. Estos problemas pueden implicar altos costos para las comunidades, tanto

³ Con otros proyectos se entienden proyectos de infraestructura como construcción, operación y mantenimiento de hidroeléctricas, hidrovías, escuelas, hospitales, proyectos de extracción de la industria minera, petrolera o de grandes industrias como la agroindustria.

⁴ Kho, J. (2013). Banking on human rights protection for major infrastructure projects. The Guardian <https://www.theguardian.com/sustainable-business/blog/banking-human-rights-citi-infrastructure-projects>

monetaria como socialmente, que también pueden resultar reflejados en altos costos para el proyecto.

En el siguiente texto se buscará explicar la estructura de financiación de megaproyectos a través del modelo de *project finance*. En esa medida, pretendemos ejemplificar la aplicación del modelo *project finance* mediante los distintos contratos donde se ve materializado, principalmente, el de APP. Para ejemplificar estos vínculos se utilizarán como ejemplos los casos de las 4G en Colombia y casos como la Ruta del Sol Tramo II. En el análisis ponemos en consideración el rol que tienen los derechos humanos en espacios financieros como el *project finance* de acuerdo a los estándares financieros nacionales e internacionales, así como en los principios para las empresas y de derechos humanos desarrollados por la ONU.

De acuerdo a lo anterior, consideramos pertinente acercarnos a la relación y problemas que pueden tener los modelos de financiamiento como el *project finance* con los derechos humanos, modelo que es una de las formas principales de financiamiento de proyectos en Colombia.

1

Project finance: su estructura

Breve reseña del modelo

El modelo de *project finance* no es necesariamente un modelo moderno y novedoso. El modelo empieza en los siglos XVIII y XIX en el Reino Unido, con el uso de fondos del sector privado para la construcción de sistemas viales. En ese momento se estableció que el retorno para el privado sería por medio de los peajes. Asimismo, las industrias de energía han utilizado la financiación de privados desde el siglo XIX y XX.

En los años 70 y 80 del siglo pasado comenzó una ola de privatización de servicios públicos que no necesariamente se consideraba deseable en casos de infraestructura pública. Esa encrucijada llevó a que se retomara el modelo de *project finance* en los Estados, particularmente en países en vía de desarrollo que, tras su apertura económica al mercado global, estaban buscando atraer inversión extranjera a sus países. Durante estos primeros años se utilizó este modelo para proyectos relacionados a recursos naturales (agroindustria, petróleo o minería). Más adelante se comenzó a utilizarlo para financiar proyectos de energía como hidroeléctricas o plantas eléctricas.

Estas técnicas de financiación comenzaron a darse en Estados Unidos en 1978 mediante el *Private Utility Regulatory Policies Act* (PURPA) y fueron replicadas más adelante en países como Chile (en 1980) o el Reino Unido (en 1990). En los siguientes años se comenzó a popularizar en Europa, especialmente en Francia a partir de la construcción del canal de la Mancha en 1987, el uso de *project finance* para infraestructura económicas (especialmente transporte) e infraestructura social (como escuelas, hospitales, cárceles entre otras). Actualmente se usa con mayor frecuencia en estos tres espacios mencionados, energía, infraestructura económica y social.⁵ En Colombia comenzó a implementarse este modelo en los años 90 en proyectos relacionados a recursos naturales, sin embargo, desde el 2010, aproximadamente, se ha utilizado este esquema financiero para la cartera de vías 4G.

¿Qué es el *project finance*?

Este modelo consiste en una estructura mediante la cual el *sponsor*⁶ de un proyecto atrae entidades financiadoras a su propuesta con la proyección de los ingresos, es decir la rentabilidad, y la capacidad para generar flujos de caja del proyecto, a diferencia de otros casos en donde se utilizan los bienes mismos que constituyen el proyecto.⁷

⁵ Yescombe, E. (2013). *Principles of project finance* (2nd ed., Science direct e-books) [2nd ed.]. Burlington: Elsevier Science. (2013). Retrieved Noviembre, 2019.

⁶ Se entiende como *sponsor* al conjunto de inversionistas que proveen un pequeño porcentaje (*equity*) para los fondos del proyecto.

⁷ Benoit P. (1996). *Project Finance at the World Bank*. Washington: World bank technical paper number 312 <http://documents.worldbank.org/curated/en/224601468741297994/pdf/multi-page.pdf>



Este mecanismo ha sido ampliamente utilizado para financiar megaproyectos, bajo la modalidad de APP, a largo plazo como lo son las carreteras 4G en el caso de Colombia.

Los principales elementos del *project finance* son:⁸

- ❖ *Equity*: porción monetaria dada por los inversionistas del proyecto (*sponsor*). Usualmente 30% del valor total.
- ❖ *Project finance-based debt*: porción monetaria dada por uno o más grupos de prestamistas. Usualmente 70% del valor total.

A partir de estos dos elementos se puede entender la estructura general del modelo y, sobre todo, las implicaciones en términos de responsabilidad de los distintos actores que financian un proyecto. Una de las principales características de los proyectos ejecutados mediante *project finance* es que la deuda que se genera se sustenta en primera mano del flujo de caja del proyecto y no del patrimonio de los inversionistas. Esto implica que tanto para los inversionistas como para los prestamistas el principal interés es el éxito del proyecto para asegurar las ganancias. Teniendo en cuenta lo anterior, se puede entender porque el *project finance* está usualmente relacionado con megaproyectos de infraestructura. Estos proyectos suelen tener periodos largos de construcción y de operación por lo que implican una mayor seguridad para los inversionistas en materia de ingresos y rentabilidad.

Al girar en torno a proyectos de largo plazo, el *project finance* tiene 8 grandes implicaciones al ser implementado. Inicialmente se expli-

⁸ Yescombe, E. (2013). *Principles of project finance* (2nd ed., Science direct e-books) [2nd ed.]. Burlington: Elsevier Science. (2013). Retrieved Noviembre, 2019.

carán las primeras cuatro y luego las restantes. Estas son:⁹ **i)** el financiamiento debe ser, usualmente, de 15 a 30 años; **ii)** los prestamistas dependen solo del flujo de caja futuro del proyecto para pagarse; **iii)** implica que debe existir una garantía legal y económica de que los recursos deben destinarse única y exclusivamente en el proyecto; **iv)** para garantizar lo anterior, los proyectos suelen ser desarrollados por una empresa cuyo objeto social es únicamente la ejecución del proyecto. Estos cuatro puntos implican que los proyectos y su financiación deben preverse a largo plazo para garantizar la retribución de la compañía que desarrollará el proyecto.

Proyectos a largo plazo: Dada la naturaleza de la infraestructura que suele financiarse a través de *project finance*, estos suelen ser de larga duración. En Colombia, los contratos de Asociaciones Público Privadas (APP) pueden tener una duración máxima de 30 años de acuerdo al artículo 6 de la Ley 1508 de 2012. Esto implica que el financiamiento está principalmente basado en las características y estipulaciones de los contratos, así como en unas reglas de juego iniciales (regulaciones, seguridad jurídica, contratos, e instituciones sólidas).¹⁰

Se destaca la importancia no solo de la estructuración del proyecto sino también de la fase contractual en la que debe existir una claridad de las expectativas financieras del mismo. No solo deben realizarse unos estudios de mercado sobre el proyecto, sino que

⁹ *Ibidem.*

¹⁰ Priscilla A. Ahmed and Xinghai Fang. (1999). Project finance in developing countries. Washington: International Finance Corporation. Lessons of experience series; no. 7 <http://documentos.bancomundial.org/curated/es/952731468331147256/pdf/multi0page.pdf>



igualmente deben realizarse evaluaciones financieras, económicas, sociales y ambientales que permitan esclarecer un panorama de ingresos y retribuciones del proyecto durante 30 años. Si bien es claro que prever cada uno de los costos que pueden ocurrir en un megaproyecto durante 30 años es imposible, si existen medidas, como un análisis previo de los costos y los beneficios que puede traer el proyecto, es de esperar una debida diligencia por parte de las empresas y las entidades financiadoras. Lo anterior genera que los proyectos se perciban con mayor legitimidad y mejor estructuración para evitar problemas a largo plazo.

De igual manera, cuando se habla de realizar múltiples proyectos de forma simultánea, que buscan implementar políticas de interés general en países con baja capacidad económica, a largo plazo se deben tener en cuenta las implicaciones que tiene esto en los presupuestos de un país. En principio se entiende que el proyecto debe sostenerse por sí solo y en esa medida no se esperaría que afecte el presupuesto de un Estado, sin embargo, no se puede dejar de lado las garantías que existen frente al equilibrio económico¹¹ de un contrato para los contratistas públicos.

Asimismo, dentro de las estimaciones que tiene la Agencia Nacional de Infraestructura (ANI) para realizar los pagos de los proyectos, se presupuestaron las vigencias futuras para asumir ciertos costos de operación y mantenimiento. Estas vigencias son aprobadas desde el

¹¹ El equilibrio económico del contrato se fundamenta en el principio de ecuación contractual que constituye un principio fundamental de la responsabilidad para la conservación de las prestaciones inicialmente pactadas en los contratos estatales.

comienzo, durante el plazo total del proyecto comprometiendo un porcentaje del presupuesto municipal y/o nacional al pago. Si bien estas vigencias no asignan una parte del presupuesto futuro de manera inmediata, si genera un compromiso de disponibilidad presupuestal en los años posteriores. En esa medida, se puede observar, en estos casos, las implicaciones que tienen los proyectos de tan largo plazo en la gobernanza de un municipio o un país. Al comprometer uno o más proyectos de 15 a 30 años, se infieren, al menos para cuatro mandatos, las decisiones y compromisos de los gobiernos siguientes, dificultando así los reajustes presupuestales a futuro.

No se puede ignorar el hecho de que proyectos planeados en la actualidad, así cumplan los más altos estándares de calidad en su estructuración e implementación, pueden resultar insuficientes en un plazo de 30 años por no poder suplir necesidades de demanda o por no cumplir con las normas de calidad futuras. Esto genera que antes de siquiera cumplir el término de un contrato este ya se vea en la necesidad de ser renovado. Lo anterior causa un círculo permanente en el cual se licita una carretera, apenas es terminada su construcción se da un plazo de operación y mucho antes de que se termine ese plazo se vuelve a licitar para incrementar la construcción en torno a una vía ya construida reiniciando los términos contractuales y aumentando los costos.¹²

Las otras cuatro implicaciones que se dan con la implementación del *project finance* son: **v)** la división del financiamiento suele ser máximo

¹² Se debe tener en cuenta que el aumento de estos costos no se da por adiciones al contrato existente (en su mayoría de veces) sino por la licitación de un nuevo contrato lo cual reinicia por completo la valoración financiera del proyecto.



30% *equity* y 70% *project finance-based debt*, esto para reducir los costos combinados de *equity* y de la deuda para reducir así el total de los costos del proyecto; **vi**) usualmente los bienes del proyecto y de la empresa (en aquellos reducidos casos en los que se puede vender dado que la infraestructura pública no puede ser vendida) tienen un menor costo que el total de la deuda lo que hace que las garantías que tienen los prestamistas estén concentradas en los contratos de la empresa que ejecuta el proyecto, las licencias, los seguros y otros derechos sobre el proyecto que se terminan materializando en el flujo de caja; **vii**) lo anterior lleva a que los prestamistas hagan un análisis detallado de la asignación de riesgos del proyecto para determinar la viabilidad financiera del mismo; **viii**) finalmente, son proyectos que tienen un tiempo determinado de duración por tanto el financiamiento debe pensarse para que en ese plazo se pague el total de la deuda desde el mismo proyecto ya que los prestamistas tienen un préstamo sin derecho a reclamación.

División del financiamiento: Como se mostró anteriormente, el *project finance* funciona principalmente con un 30% de *equity* y un 70% de *project finance-based debt* sobre el perfil del proyecto y no del prestamista. Esto implica unas dinámicas financieras distintas a las que se suelen dar en torno a los préstamos corporativos. Es necesario entender esto qué significa en contraposición a los préstamos financieros corporativos que suelen hacerse para grandes proyectos de inversión. Una de las principales diferencias es la garantía que tiene el prestamista frente al crédito. En los créditos corporativos la aceptación se hace a partir de los balances financieros de la compañía que está solicitando el préstamo y no del proyecto, lo cual lleva al prestamista a tener acceso al total de la caja de proyectos de

los inversionistas y no solo a la caja del proyecto.¹³ Esto implica una participación y atención mayor a la estructuración del proyecto por parte de los prestamistas ya que sus retornos dependen del éxito del proyecto.

Otra de las diferencias es que, si bien los préstamos se hacen a largo plazo, se hacen por una única vez a diferencia de los créditos corporativos que pueden ser renovados de manera indefinida por cortos periodos de tiempo lo cual tiene impacto directo en las tasas de interés que se manejan para el proyecto. Finalmente, una de las diferencias más grandes es que, mientras en los créditos corporativos los prestamistas tienen como garantías los bienes de los inversores y en dado caso pueden perseguirlos judicialmente para venderlos y así pagarse la deuda, en *project finance* no es posible perseguir estos bienes dado que es un modelo que se usa principalmente para infraestructura y bienes públicos los cuales son inembargables¹⁴ por lo que no se cuenta con esa medida en caso de incumplimiento.¹⁵ Lo anterior puede llevar a unos requisitos más estrictos para los inversores al momento de efectuar el préstamo.

Asignación de riesgos: Uno de los principales elementos de los proyectos desarrollados a partir de *project finance* es el estudio de riesgos

¹³ Priscilla A. Ahmed and Xinghai Fang. (1999). Project finance in developing countries. Washington: International Finance Corporation. Lessons of experience series; no. 7 <http://documentos.bancomundial.org/curated/es/952731468331147256/pdf/multi0page.pdf>

¹⁴ Artículo 1911 del Código Civil Colombiano

¹⁵ Yescombe, E. (2013). *Principles of project finance* (2nd ed., Science direct e-books) [2nd ed.]. Burlington: Elsevier Science. (2013). Retrieved Noviembre, 2019.



y la asignación de estos a las distintas partes contractuales. Por este elemento justamente, el modelo de financiación se ve estrechamente ligado al modelo contractual de asociaciones público privadas. La asignación de riesgos en el *project finance* es fundamental para determinar la responsabilidad del inversionista frente al proyecto y en consecuencia a los prestamistas. La relación que se da entre el inversionista y el prestamista es mediante un contrato de crédito en el cual se entrega como garantía al prestamista el contrato de concesión (contrato APP) por lo que hay una relación directa de los prestamistas con el proyecto.

De acuerdo al CONPES¹⁶ 3714 de 2011 los riesgos deben ser asignados a quien se encuentre en mejor capacidad de mitigarlos, lo cual usualmente es la empresa del proyecto (es decir, los inversionistas). Los principales riesgos, operación, mantenimiento, construcción, entre otros, son asignados al privado mientras que riesgos como fuerza mayor por causas políticas son asignados a la entidad pública.

La principal ventaja que tiene el modelo *project finance* surge de la división porcentual del dinero invertido en el proyecto. Esto es porque el modelo permite aumentar la capacidad financiera disponible para proyectos ya que los préstamos se hacen por proyecto y no por sujeto y, al mismo tiempo, reduce el riesgo para los inversionistas de mega proyectos a niveles aceptables para los inversionistas.

De esta manera, al aumentar la capacidad de endeudamiento aumentan el número de proyectos que se pueden realizar no solo de manera global sino bajo la cabeza de un mismo inversor. Esto, sin

¹⁶ CONPES 3714 de 2011.

embargo, implica que un porcentaje de los proyectos de infraestructura de un país se encuentran en cabeza de una persona jurídica que en otras condiciones no tiene la capacidad financiera de asumir los proyectos que está desarrollando por lo que responder ante cualquier inconveniente con el proyecto puede desestabilizar no solo el proyecto donde se generan los problemas sino la red de distintos proyectos que tenga simultáneamente.

Ante este riesgo la legislación colombiana ha tomado medidas que garanticen la seguridad de los prestamistas para que no se vean afectados los otros proyectos donde pueden estar invirtiendo. Financieramente es importante que exista seguridad jurídica para los inversionistas en un país ya que, esto garantiza un buen ambiente de negocios en los cuales se pueden desarrollar los proyectos con mayores certezas y tranquilidad que resulta en tener precios estables y más bajos para los usuarios. Sin embargo, la forma de garantizar esta seguridad en Colombia fue mediante la Ley de Infraestructura¹⁷ la cual establece en el parágrafo 1 de su artículo 20 que, *“en los contratos de Asociación Público Privada suscritos o que se suscriban, cuando una autoridad judicial declare la nulidad absoluta del contrato estatal, o cuando [...] ordene su terminación originada en una causal de nulidad absoluta, en la liquidación se deberá reconocer el valor actualizado de los costos, las inversiones y los gastos, ejecutados por el contratista, incluyendo los intereses, menos la remuneración y pagos recibidos por el contratista en virtud del cumplimiento del objeto contractual.”*

¹⁷ Ley 1882 de 2018.



En el anterior párrafo se establece que, en aquellos casos de nulidad absoluta,¹⁸ se debe pagar a los prestamistas la totalidad de costos y gastos, incluyendo los intereses. La Corte Constitucional estableció la legalidad de este párrafo argumentando que el reconocimiento del valor actualizado de los costos, inversiones y gastos ejecutados para la realización del objeto contractual, en los contratos de APP, es procedente y tiene una connotación específica en la medida en que son proyectos apalancados por el sector financiero, de tal forma que el capital en riesgo de los contratistas resulta significativamente menor que el capital en riesgo del sector financiero. Además, los fondos de capital privado que participan en este tipo de proyectos deben incluir entre sus inversionistas a fondos de pensiones.

En este sentido, la decisión sobre las restituciones en contratos de APP declarados con nulidad absoluta tiene repercusiones en una parte sensible del ahorro captado del público que, para el caso de los fondos de pensiones, tiene una especial trascendencia para el interés general por su relación con el derecho a la seguridad social. Por lo

¹⁸ Se debe tener en cuenta que la nulidad absoluta en materia de contratación estatal se da en los siguientes casos: Ilícitud en el objeto; Ilícitud en la causa; Falta de la plenitud de los requisitos o de la forma solemne que las leyes prescriban para el valor del correspondiente contrato, en consideración a su naturaleza y no a la calidad o estado de las partes; Incapacidad absoluta de quien o quienes concurren a su celebración; Se celebren con personas incurso en causales de inhabilidad o incompatibilidad previstas en la Constitución y la ley; Se celebren contra expresa prohibición constitucional o legal; Se celebren con abuso o desviación de poder; Se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamenten y; Se hubieren celebrado con desconocimiento de los criterios previstos en el artículo 21 sobre tratamiento de ofertas nacionales y extranjeras o con violación de la reciprocidad de que trata esta ley.

anterior, se debe evitar que sean los terceros de buena fe exenta de culpa, y especialmente el ahorro pensional, quienes terminan siendo afectados por la conducta ilícita de los contratistas y la consecuente declaratoria de nulidad absoluta del contrato de APP.¹⁹ Estos casos, de acuerdo a la Corte, no aplican en caso de mala fe.

No obstante, estas normas están creando un buen balance para la fracción financiera del proyecto y no la económica.²⁰ Estas garantías “ilimitadas” a los prestamistas pueden tener un efecto de exoneración indirecta de actuar con debida diligencia. Al tener la certeza financiera que solo en casos de mala fe no van a recibir pago total de sus préstamos, la rigidez en la evaluación *a priori* de los proyectos se disminuye sustancialmente porque no existen riesgos reales para ellos como inversionistas.

Con el gráfico 1.1 se puede entender de mejor manera la estructura y el funcionamiento del *project finance*. En esta se puede ver la relación contractual y financiera que existe entre los distintos agentes y la manera en la que finalmente se materializan los pagos en el proyecto.

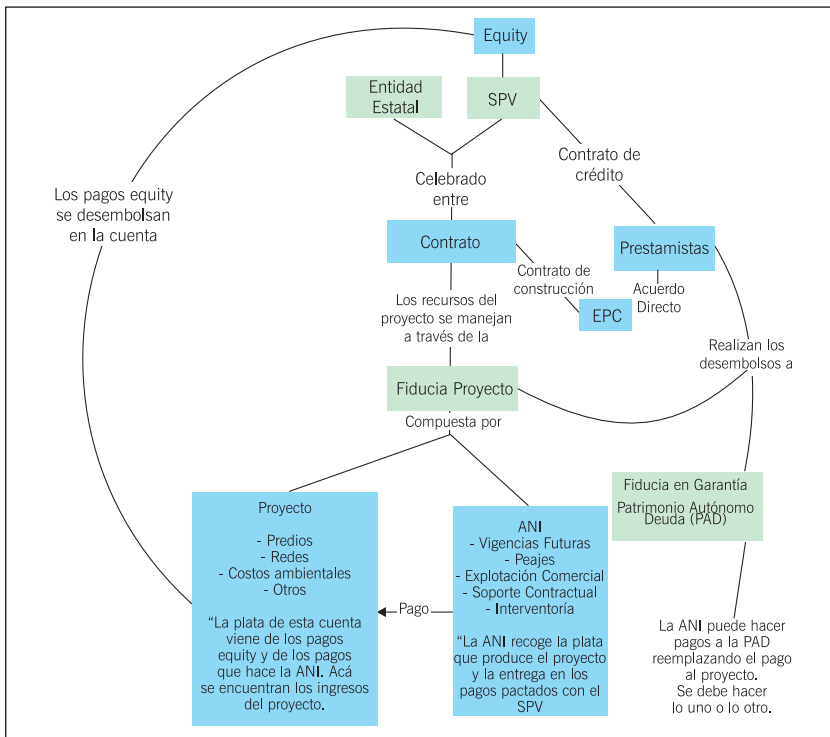
Como se puede observar, los pagos finales del proyecto los realiza la ANI a la cuenta del proyecto la cual tiene como beneficiarios a los inversionistas (SPV) a medida que va recaudando los fondos a través del proyecto y que se van cumpliendo los plazos de las vigencias futuras. Asimismo, se puede observar que los bancos o las entidades

¹⁹ Sentencia C-217 de 2019.

²⁰ Se debe entender “financiero” como la rentabilidad monetaria del proyecto mientras que “económico” como el costo-beneficio para la sociedad, como un todo, del proyecto.

financieras suelen tener acuerdos directos con los EPC, es decir con los constructores, para tener cartas de garantías que aseguren el desarrollo del proyecto y el pago de las prestaciones. En este esquema se ve claramente la relación y la influencia que pueden tener los prestamistas directamente sobre quién ejecuta el proyecto.

Gráfico 1.1 Estructura del modelo *project finance*



Fuente: Elaboración Asociación Ambiente y Sociedad.

Tipos de contratos relacionados a project finance

Teniendo en cuenta la estructura financiera y los elementos del *project finance* es importante identificar aquellos contratos en donde se materializa este modelo para entender su alcance en el contexto colombiano actual.

Asociaciones público privadas (APP): El principal contrato mediante la figura de APP. En Colombia el contrato de APP se entiende como un contrato de concesión de la administración de un servicio o labor propia del sector público a un privado, es decir, se pone en manos de un privado la prestación de un servicio público bajo la propiedad, el mando y la supervisión de la administración pública.²¹

Construcción: El contrato de construcción es aquel que se firma entre el concesionario y el EPC (contratista que ejecutará la construcción) bajo la modalidad de llave en mano, es decir se trata de un contrato para diseñar el proyecto, adquirir o fabricar cualquier planta o equipo requerido, y construir el proyecto, creando así una responsabilidad 'llave en mano' para entregar un proyecto completo totalmente equipado y listo para operar.

Operación y mantenimiento: El contrato de operación y mantenimiento busca garantizar que los costos operativos del proyecto se mantengan dentro del presupuesto y que el proyecto funcione según lo previsto. Dado que el concesionario al que se le adjudica el proyecto no suele tener experiencia en operación de proyectos, se contrata a un tercero que tenga la experiencia para asumir esa res-

²¹ Ernesto Matallana, *Manual de contratación de la administración pública: Reforma de la Ley 80 de 1993*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2017.



ponsabilidad. En muchas ocasiones los proyectos son operados por sociedades que componen el concesionario del proyecto o que están relacionadas con el concesionario. En estos casos es necesario que exista un contrato claro e independiente para definir el alcance y la responsabilidad de esta sociedad.

Aspectos políticos y económicos de la financiación de proyectos viales bajo el esquema de asociaciones público privadas

CONPES 3760: Cuarta generación de concesiones viales

Habiendo descrito las principales características del modelo *project finance*, pasamos a considerar el marco en que se utiliza en el caso colombiano específicamente para proyectos viales. El Conpes 3760, elaborado en agosto de 2013, es el documento que presenta los lineamientos de política del programa de cuarta generación de concesiones viales (4G) en el país. Los lineamientos están divididos en cuatro componentes principales: a) estructuración eficaz para la aceleración de la inversión en infraestructura; b) procesos de selección que promuevan participación con transparencia; c) gestión contractual enfocada a resultados; y d) distribución de riesgos en el programa.

Para el objetivo de este documento, nos detendremos en los lineamientos sobre la estructuración eficaz para la aceleración de la inversión en infraestructura que presenta el documento. En primer lugar, el Conpes argumenta que los esfuerzos para reducir la brecha en infraestructura y consolidar la red vial nacional están relacionados principalmente con la meta de mejorar la conectividad de los centros de producción y de consumo, con las principales zonas portuarias

y con las zonas de frontera del país. Esta idea viene respaldada por las principales instituciones financieras internacionales y bancos de desarrollo. Es decir, los principales resultados de invertir en grandes obras viales serán medidos a nivel macroeconómico y en términos de competitividad. Esta sigue siendo una visión limitada dado que la planificación “arriba hacia abajo” no promueve la participación de las comunidades y organizaciones quienes usualmente miden los beneficios de un proyecto, en otros términos. Este punto será retomado más adelante.

Por otro lado, es importante mencionar que el Conpes se alinea con el Plan Maestro de Transporte 2010-2032 (PMT). Dicho plan identificó la necesidad de mejorar cerca de 4800 km, la pavimentación de 3500 km y la ampliación a doble calzada de cerca de 3200 km de carreteras en todo el país. Para el 2010, muchas de estas obras no contaban con financiación o no se encontraban en el portafolio de proyectos del sector transporte, por tanto, la principal urgencia consistía en movilizar nuevos recursos y diversificar las fuentes de financiación.

El sector privado como socio estratégico: Ante este panorama de escasez de recursos para el financiamiento, el énfasis del Conpes es dictar lineamientos de participación del sector privado como socio estratégico en el desarrollo y financiación de proyectos. La participación del sector refiere no solamente a las empresas sino también a inversores institucionales tales como compañías de seguros y administradoras de fondos de pensión (AFP). En este punto se vuelve fundamental la estructura del *project finance*, dado que se logra estructurar el proyecto con base a la predictibilidad a largo plazo de sus flujos de caja y sobre una estructura de múltiples contratos fijos con clientes, proveedores, reguladores de mercado, etc.



Por otro lado, se busca también que la partición del sector privado agilice la construcción de las obras y aumente la calidad de las mismas. Para ello, con la expedición de la Ley 1508 de 2012, la ley de Asociaciones Público Privadas, se determinó que las retribuciones con recursos del Estado se condicionan a la finalización del proyecto, la disponibilidad de la infraestructura, y el cumplimiento de los estándares de calidad fijados en el contrato. En este sentido, el socio privado deberá financiar durante la construcción de la infraestructura. Sin embargo, como se verá en detalle, los problemas de transparencia, conflictos socioambientales, los atrasos en la construcción de las obras, la agilización de los trámites para facilitar y agilizar las obras, entre otros asuntos, ponen en duda la hipótesis de que necesariamente las APP son el esquema ideal para el financiamiento de las obras.

Financiamiento de la cartera de proyectos: Finalmente, el programa de cuarta generación de concesiones viales (4G), contempla una inversión aproximada de \$47 billones de pesos a ser ejecutada en un periodo de 8 años a partir de su contratación, así como la operación y el mantenimiento de la infraestructura por periodos entre 25 y 30 años. Esta inversión, operación y mantenimiento de la infraestructura serán retribuidas con ingresos por recaudos de peajes y por aportes públicos provenientes del Presupuesto General de la Nación.

La estructura del programa 4G prevé que de los recursos que se requieren el 65% es para desarrollo de obra física y el 35% restante para la operación y mantenimiento. Los ingresos por peajes alcanzan a cubrir la operación y mantenimiento de la infraestructura. La Nación realizará aportes mediante vigencias futuras, por el 60% del monto total de retribuciones.

Para la financiación del programa, la Asociación Nacional de Instituciones Financieras (ANIF) señaló en el 2014 que la infraestructura debería fondearse con fuentes privadas internas-externas. Específicamente, las fuentes de financiamiento provendrían de: a) banca local (aportando un 30% del financiamiento); b) banca externa (aportando 26% del financiamiento); c) el *equity* (capital de inversión) de los concesionarios (con aportes del 20%); d) los fondos de capital privado (14% del total) y e) las entidades multilaterales y la FDN (con aportes del 10%).

La gestión social y ambiental: El Conpes determina que desde la fase de estructuración de los proyectos deberá procurarse contar con la aprobación por parte de la Agencia Nacional de Licencias Ambientales (ANLA) del Diagnóstico Ambiental de Alternativas en zonas ambientalmente vulnerables y en general de los estudios socioambientales base para la para la obtención de la licencia ambiental. Si bien se reconoce la importancia de la elaboración y obtención de estos permisos, el Conpes también sugiere que es “necesario aunar esfuerzos y promover la creación de equipos interinstitucionales y convenios de cooperación entre las diferentes entidades que intervienen en los procesos de evaluación y licenciamiento ambiental, y de consulta previa, en aras de dar solución rápida y oportuna a posibles situaciones que puedan obstaculizar el desarrollo de los proyectos”. Ello significa que se busca agilizar la obtención de estos permisos y las consultas para acelerar la construcción de las obras.

Un ejemplo concreto de lo anterior se observa en el desarrollo de los proyectos de interés nacional y estratégicos (PINES), mencionados desde el Plan Nacional de Desarrollo (PND) 2010-2014 y cuyos lineamientos de política se establecieron en el Conpes 3762. Allí se establece



que el Ministerio de Medio Ambiente deberá “optimizar los procedimientos para la obtención de licencias y permisos, lineamientos para la socialización de proyectos y audiencias públicas”;²² con la finalidad de resolver las “demoras que generan un impacto significativo en la planeación y ejecución de los proyectos, llevando a posibles consecuencias como el aplazamiento en el cumplimiento de metas de los sectores establecidas en el Plan Nacional de Desarrollo y la potencial reducción de la inversión”.²³ Dentro de estos proyectos se encuentran varias de las vías de las concesiones 4G.

Lo anterior es preocupante en la medida de que dichos procesos se entienden esencialmente como trámites, disminuyendo la calidad de los análisis de los impactos sociales y ambientales y limitando la participación de las comunidades. En primer lugar, la reducción del procedimiento de licenciamiento ambiental en el sector de infraestructura de transporte se hace a costa de desconocer impactos sociales, ambientales y financieros y la intervención de las comunidades. La priorización de los proyectos y la agilización de los trámites de licenciamiento, ha puesto en duda la legitimidad institucional del ANLA como la agencia encargada de asegurar el cumplimiento de la normativa ambiental y, más allá, la prevención de potenciales conflictos por las obras, en tanto facilita la obtención de permisos a proyectos que con antelación cuentan con denuncias por los riesgos que contraen.

²² Conpes 3762 de 2013: http://www.icde.org.co/sites/default/files/12.CON-PES%203762%20de%202014_0.pdf

²³ *Ibidem*

En segundo lugar, dado que es poco usual que las comunidades puedan cambiar el curso o los diseños iniciales de los proyectos, los espacios de participación y consulta pasan a ser vistos como un requerimiento más en la cadena de trámites, vaciando su espíritu inicial de generar una participación efectiva, transparencia en el acceso a la información, la construcción de acuerdos y oportunidad de incidencia para generar cambios o revertir proyectos.

2

Concentración del mercado de infraestructura: El caso Odebrecht y Corficolombiana

Con el ánimo de traer a discusión y retomar algunas cuestiones críticas que ya se han planteado, proponemos abordar el caso de la participación de Odebrecht y Corficolombiana en proyectos viales en el país. Corficolombiana es la corporación financiera más grande de Colombia, con inversiones en cinco sectores estratégicos de la economía: infraestructura, energía y gas, servicios financieros, hoteles y agroindustria. También desarrolla operaciones de tesorería, leasing financiero y fiducia a través de sus filiales. Al 30 de septiembre de 2019,²⁴ su composición accionaria se presenta en la tabla.

Como puede observarse, muchos de los accionistas pertenecen a un mismo grupo empresarial. Corficolombiana hace parte del grupo empresarial Luis Carlos Sarmiento Angulo, el cual tiene el control de 37 empresas distintas dentro de las cuales se encuentran todas las 9 que están desarrollando actualmente los procesos de concesiones viales y el grupo bancario AVAL así como múltiples fondos equity dedicados a la administración de proyectos. El Grupo Aval Acciones y Valores S.A. junto con el Banco de Bogotá, Banco de Occidente y el Banco Popular cuentan con el 50.45% de las acciones.

²⁴ Corficolombiana (2019). Página web: ¿Quiénes somos?. Consultado el 4 de noviembre de 2019. <https://www.corficolombiana.com/wps/portal/corficolombiana/web/inicio/nuestra-corporacion/quienes-somos>

Tabla 2.1 **Composición accionaria de Corficolombiana**

Accionista	N.º Acciones ordinarias	N.º Acciones preferenciales	No. Acciones totales	Participación
Banco de Bogotá	98 633 162	0	98 633 162	33,25%
Adminegocios S.A.S.	31 818 329	90 221	31 908 550	10,76%
Grupo Aval Acciones y Valores S.A.	24 363 580	0	24 363 580	8,21%
Banco Popular S.A.	14 761 559	0	14 761 559	4,98%
Banco de Occidente S.A.	11 868 682	0	11 868 682	4,00%
Fondo de Pensiones Obligatorias Protección Moderado	6 353 240	261 200	6 614 440	2,23%
Fondo de Pensiones Obligatorias Porvenir Moderado	4 101 717	2 260 498	6 362 215	2,14%
Consultorías de Inversiones S.A.	5 862 690	0	5 862 690	1,98%
Erfost SAS	4 043 426	1 387 696	5 401 122	1,82%
Cubides Olarte Henry	4 878 673	0	4 878 673	1,64%
Fondo Bursatil Ishares Colcap	4 757 124	0	4 757 124	1,60%
Norges Bank-CB New York	4 441 929	0	4 441 929	1,50%
Martdos S.A.S.	0	2 209 503	2 209 503	0,74%
Fondo de Pensiones Obligatorias Colfondos Moderado	1 720 028	459 112	2 179 140	0,73%
Moreno Ulloa Martha Lucía	2 151 435	0	2 151 435	0,73%
Old Mutual Fondo de Pensiones Obligatorias Moderado	1 773 793	308 774	2 082 567	0,70%
Vanguard Total International Stock Index Fund	1 627 674	0	1 627 674	0,55%

Continúa



Accionista	N.º Acciones ordinarias	N.º Acciones preferenciales	No. Acciones totales	Participación
Vanguard Emerging Markets Stock Index Fund	1 380 110	0	1 380 110	0,47%
Fondo Bursatil Horizons Colombia Select de S & P	1 255 260	0	1 255 260	0,42%
Torrado Torrado Martha Eugenia	308 311	943 002	1 251 313	0,42%
Mejía Cabal Iván Felipe	1 225 780	0	1 255 780	0,41%
Soto Estrada Manfredo	422 255	666 541	1 088 796	0,37%
Fondo de Cesantías Porvenir	732 845	316 078	1 048 923	0,35%
Fondo de Cesantías Protección Largo Plazo	703 577	327 939	1 031 516	0,35%
Utilico Emerging Markets Limited	976 438	0	976 438	0,33%
Otros Accionistas	49 781 327	7 468 870	57 250 197	19,30%
Total	279 912 944	16 699 434	296 612 378	100%

Fuente: Tomado de página web Corficolombiana.

Tabla 2.2 **Empresas del grupo empresarial Luis Carlos Sarmiento Angulo**

Razón social o nombre	NIT o Núm Id.	Domicilio
GRUPO AVAL ACCIONES Y VALORES S A	8002161815	Bogotá D.C.
CORPORACIÓN FINANCIERA COLOMBIANA S A	8903006536	Bogotá D.C.
BANCO CORFICOLOMBIANA PANAMÁ S A	900052635	Fuera del país
ESTUDIOS PROYECTOS E INVERSIONES DE LOS ANDES SAS	8000221273	Bogotá D.C.
LEASING CORFICOLOMBIANA S A COMPAÑÍA DE FINANCIAMIENTO	8000247028	Cali

Continúa

Razón social o nombre	NIT o Núm Id.	Domicilio
CI CONFECCIONES Y TEXTILES INTERNACIONALES SA EN LIQUIDACIÓN	8001162710	Cali
FIDUCIARIA CORFICOLOMBIANA S A	8001408878	Cali
CASA DE BOLSA SA SOCIEDAD COMISIONISTA DE BOLSA	8002031865	Bogotá D.C.
VALORA SAS	8002074621	Cali
CONCESIONARIA VIAL DE LOS ANDES SAS	8002358727	Bogotá D.C.
COLOMBIANA DE LICITACIONES Y CONCESIONES SAS	8002499425	Bogotá D.C.
PROMOTORA DE Y COMERCIALIZADORA TURÍSTICA SANTAMAR SA	8040056981	Bucaramanga
PIZANO SA	8600030091	Bogotá D.C.
TEJIDOS SINTÉTICOS DE COLOMBIA S A	8902115622	Bucaramanga
CORPORACIÓN FINANCIERA COLOMBIANA S A	8903006536	Bogotá D.C.
INDUSTRIAS LEHNER S A	8903016824	Palmira
PLANTACIONES UNIPALMA DE LOS LLANOS S A	8903026463	Bogotá D.C.
HOTELES ESTELAR S A	8903040993	Cali
PROYECTOS DE INFRAESTRUCTURA S A PISA	8903279964	Cali
MAVALLE SAS	8903327699	Ibagué
ORGANIZACIÓN PAJONALES SAS	8907040216	Ibagué
ESTUDIOS Y PROYECTOS DEL SOL SAS	9001922423	Bogotá D.C.
CFC ENERGY HOLDING SAS	9004701261	Bogotá D.C.
PROYECTOS DE INGENIERÍA Y DESARROLLOS SAS	9005242397	Bogotá D.C.
CFC GAS HOLDING SAS	9005292690	Bogotá D.C.
CFC PRIVATE EQUITY HOLDINGS SAS	9005601993	Bogotá D.C.

Continúa



Razón social o nombre	NIT o Núm Id.	Domicilio
CONCESIONARIA VIAL DEL PACÍFICO SAS	9007447732	Sabaneta
PROYECTOS Y DESARROLLOS VIALES DEL ORIENTE SAS	9011120239	Bogotá D.C.
PROYECTOS Y DESARROLLOS VIALES DEL PACÍFICO SAS	9011120253	Bogotá D.C.
PROYECTOS Y DESARROLLOS VIALES DEL MAR SAS	9011123193	Bogotá D.C.
COMPAÑÍA DE GAS COMPRIMIDO DEL PERÚ S A	900000362502	Fuera del país
CORPORACIÓN FINANCIERA COLOMBIANA S A	8903006536	Bogotá D.C.
PROYECTOS Y DESARROLLOS VIALES ANDINOS SAS	9011945287	Bogotá D.C.
COMPAÑÍA DE INFRAESTRUCTURA Y DESARROLLO SAS	9012404611	Bogotá D.C.
GESTORA DE INFRAESTRUCTURA Y DESARROLLO SAS	9012404634	Bogotá D.C.
SARMIENTO ANGULO LUIS CARLOS	119766	Bogotá D.C.
CORPORACIÓN FINANCIERA COLOMBIANA S A	8903006536	Bogotá D.C.

Fuente: Registro Único Empresarial

De acuerdo al artículo 28 de la ley 222 de 1995 se entiende que existe un grupo empresarial cuando además del vínculo de subordinación, exista entre las entidades unidad de propósito y dirección. Esto implica que la existencia y actividades de todas las entidades persigan la consecución de un objetivo determinado por la casa matriz o la sociedad controlante. Es decir, la casa matriz controla las decisiones de la totalidad de empresas de acuerdo a su participación accionaria.

Proyectos con participación de Corficolombiana: En la actualidad son el principal inversionista en infraestructura vial en Colombia y participan en 9 concesiones viales directamente y a través de vehículos de

inversión como Episol, Epiandes y Concecol.²⁵ Específicamente sobre proyectos 4G, la financiera participa en 4 proyectos.

Tabla 2.3 **Participación de Corficolombiana en proyectos viales en Colombia**

Concesión	Participación CFC	Tramo	Km
Coviandes	59,70%	Bogotá-Villavicencio	86
CCFC	88,25%	Bogotá-Facatativá-Los Alpes	43
Pisa	88,25%	Buga-Tuluá-La Paila-La Victoria	80
Panamericana	100%	Los Alpes Villeta& Chuguacal-Cambao	111
Coviandina	100%	Bogotá-Villavicencio	86
Covipacífico	89,90%	Ancón Sur-Bolombolo	48
Covioriente	100%	Villavicencio-Yopal	266
Covimar	100%	Mulaló-Loboguerrero	32
Total			667





Fuente: Corficolombiana (2019). Presentación corporativa.

De acuerdo a los balances financieros, al 2018 del Grupo Aval, éste cuenta con fondos de inversión colectiva restringidos, relacionados con Concesionaria Nueva Vía al Mar Ps. 46,276 y Concesionaria Vial del Pacífico Ps. 18,218. Asimismo, establecen en sus lineamientos que los establecimientos de crédito en Colombia controlados por el Grupo Aval no pueden otorgar préstamos a sus accionistas que excedan el 10% de su capital, sin embargo, existe una excepción a esta norma

²⁵ Corficolombiana (2019). Presentación Corporativa. <https://www.corficolombiana.com/wps/wcm/connect/corficolombiana/6f368005-b961-4b74-9f98-9241d13a0b0b/Pre-sentaci%C3%B3n+Corporativa+Jun+2019+VF-3.pdf?MOD=AJPERES>

que amplía el cupo máximo hasta el 25% (sin garantía) cuando se trate de préstamos a proyectos de infraestructura 4G.²⁶

Tabla 2.4 **Participación de Corficolombiana en proyectos 4G**

Concesión	Tramo	Licencias y consultas	Diseños definitivos	Predios	Inicio de obra	Avance de obra (jun-19)	Deuda Conseguida (jun-19)	Capex + Fondo Etapa construcción
 Concesionaria Vial Andina	Bogotá - Villavicencio	✓	✓	100%	Sep- 2016	51,4%	1,60 bn	2,03 bn
 Concesionaria Vial del Pacifico	Ancón Sur - Bolombolo	✓	✓	91,2%	May-2018	22,9%	0,58 bn	2,48 bn
 Concesionaria Vial del Oriente	Villavicencio - Yopal	✓	✓	57,0%	Nov-2018	16,4%	1,65 bn	2,70 bn
 Concesionaria Nueva Via al Mar	Mulaló - Loboguerrero	Pendiente	✓	57,3%	No	3,3%	-	2,22 bn
						Total	3,83 bn	9,43 bn

Fuente: Corficolombiana (2019). Presentación corporativa.

El caso de la Ruta del Sol II

La Ruta del Sol II es un proyecto que va desde Puerto Salgar en Cundinamarca hasta San Roque en el Cesar a través de una carretera de doble calzada de una longitud de 528 kilómetros. El contrato se suscribió el 14 de enero de 2010, fue entregado a la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S, conformada por la constructora Norberto Odebrecht de nacio-

²⁶ Grupo Aval (2018). Informe de Gestión. <https://www.grupoaval.com/wps/wcm/connect/grupo-aval/5aa69e1a-4747-4a08-b3a8-39efe3d2b40e/IIGG-AVAL-210319-FINAL-PLIEGOS.pdf?MOD=AJPERES>

nalidad brasilera y con el 25,01% de participación, Odebrecht Latinvest Colombia S.A.S con el 37% de participación, Estudios y Proyectos del Sol Episol con 33% y css Constructores S.A. con 4,99%. El proyecto fue establecido como un Proyecto de Interés Nacional y Estratégico.

El caso de la Ruta del Sol II fue determinante en el curso del programa de vías de Cuarta Generación debido a los escándalos de corrupción de la empresa brasileña Odebrecht. A raíz del escándalo la banca nacional e internacional limitó la financiación de proyectos de infraestructura hasta que recuperó la confianza en el mercado y dejó de percibir grandes riesgos en la ubicación de sus recursos.²⁷

La agencia calificadora de riesgos Moody's luego de evaluar los impactos de los hechos en Colombia determinó que "se han detenido varias concesiones de infraestructura y habrá que esperar a que sean relanzadas, como resultado del escándalo de corrupción de Odebrecht. Los obstáculos administrativos para estos proyectos probablemente tomarán otros 12 a 24 meses".²⁸ El desarrollo de infraestructura volvió a reactivarse cuando salió en 2018 la Ley 1882/18. En esta se buscaba proteger la inversión de buena fe en proyectos viales en todo el país.²⁹ Las estrategias de protección que se dieron, como se mencionaron

²⁷ Delgado. P. (2018). ¿En qué va la construcción de las vías 4G?. *El Espectador*. <https://www.elespectador.com/economia/en-que-va-la-construccion-de-las-vias-4g-articulo-792204>

²⁸ RCN Radio (2017). Caso Odebrecht tiene frenados proyectos de infraestructura en la región: Moody's. <https://www.rcnradio.com/colombia/caso-odebrecht-frenados-proyectos-infraestructura-la-region-moodys>

²⁹ Perfil (2019). Se recupera la obra pública en Colombia tras el escándalo Odebrecht <https://www.perfil.com/noticias/bloomberg/bc-plan-vial-por-us15000m-de-colombia-se-recupera-de-escandalo.phtml>



anteriormente, iban a que en aquellos casos de nulidad absoluta, se pague a los prestamistas la totalidad de costos y gastos, incluyendo los intereses. Luego de esta ley la inversión volvió lentamente al país al sector de infraestructura.

El sector infraestructura para el 2013 representaba 1,2 % del PIB según cifras del Departamento Nacional de Planeación (DNP). El congelamiento de este sector, junto con la caída de precios del petróleo implicó un estancamiento en la economía del país que se percibió en el resto de sectores sociales y económicos (educación, salud, trabajo).

Además de estos impactos económicos, el caso de la Ruta del Sol puso en discusión varios temas en relación al financiamiento, el rol de los prestamistas internacionales, las responsabilidades en materia de transparencia y en general sobre el modelo de infraestructura que se promueve en el país.

Las responsabilidades de la banca de desarrollo: En el caso de la Ruta del Sol, se puso en discusión el papel de los bancos multilaterales en la estructuración de los proyectos, específicamente de la Corporación Financiera Internacional (IFC) del Grupo Banco Mundial. La IFC fue el organismo multilateral seleccionado por la el Instituto Nacional de Concesiones (INCO, hoy Agencia Nacional de Infraestructura) para llevar a cabo la estructuración del Proyecto Ruta del Sol.

La Superintendencia de Industria y Comercio, señaló en septiembre de 2018³⁰ que encontró pruebas de un aprovechamiento del

³⁰ Superintendencia de Industria y Comercio (2018) <https://www.sic.gov.co/noticias/superindustria-formula-pliego-de-cargos-por-varias-practicas-anticompetitivas-a-empresas-y-personas-vinculadas-con-la-ruta-del-sol-tramo-ii>

conflicto de intereses, que habría afectado el proceso de selección contractual en la medida en que le otorgó ventajas anticompetitivas a Odebrecht y Episol, esta última controlada por Corficolombiana y el Grupo Aval. El conflicto de intereses se dio porque María Victoria Guarín, oficial de Inversiones de la IFC y coordinadora del Proyecto Ruta del Sol, es esposa de Diego Solano, vicepresidente de Planeación Corporativa del Grupo Aval. La funcionaria de la IFC tuvo un papel central en la definición de las reglas de selección del contratista.³¹ La Superintendencia encontró que ninguna de las instituciones, incluida la IFC, tomó medida alguna para impedir el aprovechamiento del conflicto de intereses.

En ese sentido, el papel de la IFC fue fundamental en la estructuración del proyecto. Sin embargo, no tomó las medidas necesarias en materia de transparencia en el proceso y su participación favoreció al contratista. La Superintendencia encontró que Odebrecht también mantuvo contactos privados con la IFC “y sus funcionarios, con posterioridad a la iniciación del proceso de selección contractual el 10 de marzo de 2009, en claro incumplimiento de la regla que, en aras de materializar los principios de transparencia, igualdad, selección objetiva y competencia”.³²

La relación entre empresa y Estado y los procesos de transparencia en la contratación: A raíz del escándalo de corrupción y de la multiplicidad

³¹ IFC (2017) IFC Rechaza Acusaciones contra Funcionaria y su Papel en Ruta del Sol. <https://ifcextapps.ifc.org/ifcext/pressroom/ifcpressroom.nsf/0/E54C34BE15B-4DA56852580E10063F70F>

³² Superintendencia de Industria y Comercio (2018) <https://www.sic.gov.co/noticias/superindustria-formula-pliego-de-cargos-por-varias-practicas-anticompetitivas-a-empresas-y-personas-vinculadas-con-la-ruta-del-sol-tramo-ii>



de actores involucrados (desde la IFC como estructurador hasta las empresas contratistas), se puso en discusión qué tan transparentes son estos procesos de contratación en proyectos de infraestructura y que tanto el modelo ayuda a mitigar los riesgos al respecto.

En otras investigaciones se ha señalado que las APP, y en general el modelo de *project finance*, tienen problemas de transparencia especialmente por la forma cómo se negocian los contratos,³³ como es el caso que aquí presentamos. Otras investigaciones han avanzado en señalar cómo estos casos son una muestra clara de la captura del Estado por parte de las corporaciones para favorecer sus intereses.

La captura se define como la influencia desmedida de determinados grupos de poder sobre la sociedad en general (captura política), la gestión pública (captura del Estado) o ámbitos regulatorios específicos (captura regulatoria) para la aprobación e implementación de políticas, normas o decisiones en su beneficio.³⁴ En este caso se ha señalado que Odebrecht y otras empresas privadas de infraestructura nacional, construyeron una red de relaciones para favorecerse de las decisiones en materia de infraestructura, específicamente del INCO, mientras que el Gobierno (2006-2010) debilitó las capacidades del Estado y de los órganos de control.³⁵

³³ Eurodad (2018). Historia Repetida. Cómo fracasan las Asociaciones Público-Privadas. <https://eurodad.org/files/pdf/5c45d8c243b06.pdf>

³⁴ (2018) ¿El poder de la ley o la ley del poder? Las APP's y la captura del Estado en el Perú <https://www.clacso.org/el-poder-de-la-ley-o-la-ley-del-poder-las-apps-y-la-captura-del-estado-en-el-peru/>

³⁵ https://www.clacso.org.ar/concursos_convocatorias/Estudios_resultados_clacso_oxfam/Informe_Colombia_vf.pdf

Por extensión, mediante de la implementación del modelo APP, grupos de poder influenciaron profundamente la forma de gestionar del Estado, privilegiando los valores privados por sobre los valores públicos, flexibilizando los procesos de control, la autorregulación en los procesos de promoción de inversiones, la fiscalización del Estado, entre otros aspectos.³⁶

En relación a lo anterior, recientemente se ha denunciado que la expedición de ciertas normas favorecieron los intereses en proyectos APP viales del Grupo Aval. Específicamente el Decreto 1385 del año 2015 permitió que las administradoras de fondos privados de pensiones (AFP) puedan invertir los dineros de sus afiliados en títulos cuyo emisor o propietario, sean las mismas AFP, subsidiarias o su matriz. A esto se le conoce como los autopréstamos pensionales y que permite operaciones con abiertos conflictos de intereses.³⁷

La participación de las comunidades locales y el modelo de infraestructura

Muchos de los problemas y retos que se han expuesto, recaen en el hecho de que las comunidades locales no participan en los procesos de planificación de infraestructuras relacionadas con la transparencia en el uso de recursos públicos, del dinero de los fondos de pensiones y el acceso a la información de dichas operaciones. Además del

³⁶ <https://www.clacso.org/el-poder-de-la-ley-o-la-ley-del-poder-las-apps-y-la-captura-del-estado-en-el-peru/>

³⁷ Acosta. J. (2019). Autopréstamos con ahorros pensionales. *El Espectador*: <https://www.elespectador.com/opinion/autoprestamos-con-ahorros-pensionales-columna-892332>



financiamiento, se pone en discusión el modelo actual de concesiones 4G y de APPS tiene limitaciones importantes a la hora de prevenir conflictos de intereses, impactos sociales y ambientales. Una de las cuestiones críticas es la falta de participación de todas las partes interesadas desde los momentos claves de estructuración de los proyectos.

3

Estándares nacionales e internacionales en derechos humanos para empresas y bancos en el desarrollo de proyectos de *project finance*

Después de haber señalado algunas de las cuestiones críticas del modelo, surge la cuestión de los marcos normativos, además de los marcos nacionales. La cuestión de los estándares, normas y marcos jurídicos nacionales e internacionales para empresas y el sector financiero en relación a los derechos humanos parte de preguntarse ¿Cuáles son las responsabilidades y obligaciones de estos actores con respecto a los derechos humanos? En este debate, han surgido diferentes lineamientos cuyo propósito es avanzar en que las empresas (independientemente del carácter local, nacional o transnacional de sus operaciones) y sus actividades sean reguladas o administradas desde una perspectiva que ponga al ser humano y sus derechos como el objetivo central.³⁸

En ese sentido, para los proyectos APP, presentamos algunas de las iniciativas más destacables en materia de establecer responsabilidades, obligaciones, principios u orientaciones para las actividades empresariales y de la banca. Presentamos los Principios Rectores de la Naciones Unidas, el proceso más importante en cuestión, pero

³⁸ Instituto Interamericano de Derechos Humanos (2017). Derechos humanos y empresas: reflexiones desde América Latina http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/obrasportales/op_20170808_02.pdf

también otros estándares para el sector financiero, que aún son muy primarios y limitados, pero que han surgido en los últimos años.

Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos y el Plan Nacional de Acción

En el año 2011 el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas acogió mediante la Resolución 17/4 los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos. Estos Principios Rectores (PR) son en la actualidad la referencia mundial para los Estados, empresas (incluyendo las transnacionales) y la sociedad civil que de forma directa o indirecta tienen relación alguna con la actividad comercial y empresarial. El documento recoge 31 principios estructurados en 3 pilares:

- ❖ Los Estados tienen la obligación de proteger los derechos humanos de posibles impactos de terceros, incluidas las empresas.
- ❖ Las empresas tienen la responsabilidad de respetar los derechos humanos, como “norma de conducta mundial” aplicable para todas las empresas y exigible.
- ❖ Es necesario actuar de forma proactiva respecto a los riesgos e impactos que sufren las personas por causa de las actividades empresariales, y facilitar el acceso a remedio (mecanismos de reparación).

Estos PR no establecen “nuevas obligaciones de derecho internacional ni que restrinjan o reduzcan las obligaciones legales que un Estado haya asumido, o a las que esté sujeto de conformidad con las normas



de derecho internacional en materia de derechos humanos". Por este motivo, actualmente está en proceso de elaboración un tratado que regule las obligaciones de derechos humanos de las empresas como un instrumento internacional jurídicamente vinculante, proceso que se da entre un debate entre los enfoques de "derecho duro" y "derecho blando".

En el caso concreto de Colombia, desde el año 2015 inició un proceso de elaboración del Plan Nacional de Acción sobre Derechos Humanos y Empresas (2015-2018). El Plan es un instrumento de política pública a 3 años, alineado con la Estrategia Nacional de Derechos Humanos 2014-2034. En términos generales se destacan los siguientes elementos del Plan:

1. Los sectores minero energético, de agroindustria y de infraestructura vial, son prioritarios debido a la alta conflictividad social por los impactos que generan sobre los derechos humanos y al ambiente. En este texto se hará énfasis en los proyectos de infraestructura vial dado la priorización del modelo de Asociaciones Público Privadas.
2. Sobre la participación de la sociedad civil, el plan menciona que deberán construirse espacios de diálogo multiactor para prevenir o mitigar impactos adversos por la actividad empresarial.
3. Se promoverá el desarrollo de mecanismos y herramientas para la implementación práctica por parte de las empresas y de entidades públicas de la debida diligencia en derechos humanos.

4. Se fortalecerán tanto los mecanismos judiciales y administrativos de acceso a remediación, como de los mecanismos no judiciales.

No nos detendremos en el análisis específico de los Principios ni profundizaremos en los debates sobre la elaboración del tratado. Ya existen varios análisis al respecto que no replicaremos aquí. Para este artículo lo fundamental es vincular la aplicación de estos principios en los momentos claves de la estructuración de los proyectos APP.

Los principios rectores en el marco de las APP

Cuando buscamos ver la aplicación de estos principios en modelos contractuales como el de APP debemos enfocarnos en la estructura de éste para entender en qué momentos puede verse con mayor claridad la aplicabilidad de los principios. Las etapas que se desenvuelven en la estructuración de proyectos de APP son las de pre-factibilidad, factibilidad, pre-contractual, contractual, pre-operación, operación y cierre del proyecto.³⁹ Teniendo en cuenta esa estructura sería pertinente, entonces, hablar de la implementación de los principios de empresas y derechos humanos, como obligaciones para las empresas en la etapa de pre-factibilidad, en la pre-contractual y en la etapa contractual. Lo anterior dado que son los momentos en los que mayor agencia tienen las partes del contrato de modificar su estructura.

Al hablar de la etapa de pre-factibilidad se habla de un estudio real de identificación de riesgos socio-ambientales, en el que se cumpla con

³⁹ Montaña, L. y Cruz, D. (2019). *Desarrollo, infraestructura e impacto ambiental*. Bogotá: Asociación Ambiente y Sociedad.



la debida diligencia de la empresa al identificar y evaluar los efectos adversos y reales o potenciales que la empresa puede causar con sus actividades, para así, plantear estrategias claras y eficaces en sus medidas de mitigación o prevención de impactos.

Por otro lado, al hacer mención de la etapa pre-contractual, se hace referencia a los pliegos de condiciones que pide el Estado al abrir una licitación pública o a la redacción *per se* del contrato. En el pliego de condiciones, de acuerdo al artículo 24.5 de la Ley 80 de 1993, se debe: i) indicar los requisitos objetivos necesarios para participar en el proceso de selección; ii) las reglas que permitirán la selección objetiva del proceso; iii) establecer las condiciones de costos y calidad, así como las exigencias y condiciones que se harán al contratista; iv) se definirá el plazo para la ejecución del contrato. Es en este momento en el que la entidad estatal establece los estándares del proyecto.

De esa manera, puede establecer los estándares de cumplimiento y protección de derechos humanos de las comunidades que van a ser impactadas por el proyecto. Actualmente el aspecto social no hace parte de los elementos relevantes para la estructuración y ejecución de un proyecto. Se entiende que existe una legislación, la cual se deja a criterio de la empresa para su implementación,⁴⁰ sin que esto tenga un impacto real en la capacidad legal de la empresa en ejecutar

⁴⁰ Es decir, así la empresa cumpla con los requisitos legales existentes en Colombia en materia de derechos humanos, lo hace a su criterio y en la medida que la empresa considere que está actuando de acuerdo al cumplimiento de derechos humanos sin que exista una participación real de las comunidades para determinar los estándares y sin un acompañamiento o seguimiento del Estado que asegure el cumplimiento de la empresa.

el proyecto. Si bien pueden existir ciertas sanciones, esto no impide que la misma empresa continúe con la ejecución de un proyecto luego de haber vulnerado derechos humanos de las comunidades impactadas.

La etapa contractual hace referencia al contrato en concreto. Actualmente los contratos de APP establecen la responsabilidad social en el apéndice 8 en el que se desarrollan los aspectos relacionados con la gestión social a cargo del concesionario. En materia ambiental sucede lo mismo, pero con el apéndice 6 del contrato. En todos los contratos de APP se utiliza el mismo modelo de apéndice para establecer las obligaciones socioambientales de los contratistas en los proyectos. Estos apéndices no contienen obligaciones reales de fondo y remiten las acciones a la licencia ambiental, y/o en aquellos casos que aplique, la consulta previa. No es objeto de este texto profundizar en las problemáticas que existen en las obligaciones que se emanan de estas dos herramientas, sin embargo, se ha identificado que uno de los principales problemas tanto con la licencia como con la consulta es la falta de participación real y en condiciones equitativas de las comunidades.

Thun Group of Banks: Una interpretación de los Principios Rectores de Naciones Unidas desde los bancos⁴¹

Desde el sector bancario también se han realizado avances en el entendimiento de la relación entre los Principios Rectores y el rol de

⁴¹ Martín-More, E. (2017). Thun Group: nuevo documento de debate sobre banca y derechos humanos <https://www.bbva.com/es/thun-group-nuevo-documento-debate-banca-derechos-humanos/>



los bancos al respecto. En concreto, nació el *Thun Group* de bancos, un grupo informal de representantes de la banca que han estado debatiendo el marco de “Proteger, Respetar y Remediar” de las Naciones Unidas. El nombre se deriva del lugar en que el grupo celebró dos seminarios, en mayo de 2011 y marzo de 2012. Se dice que es “informal” porque si bien su propósito principal es profundizar en el conocimiento de los Principios Rectores sobre empresas y derechos humanos no constituye una entidad formal de ningún tipo, pero sirve como espacio de discusión de la relación de los principios en el contexto de los servicios bancarios y considerar cómo pueden aplicarse en relación con las distintas actividades de este sector.

El trabajo del grupo es importante debido a que, como lo reconocen en sus documentos de trabajo, respetar los derechos humanos debe ser parte integral de una conducta empresarial responsable, además de “Actuar en lugar de esperar a la promulgación de requisitos legales”, lo que significa que los bancos admiten que los Principios Rectores deben ser implementados por cada institución.

El *Thun Group* señala que los bancos deben “intentar evitar o mitigar los impactos en relación con derechos humanos que estén directamente vinculados a sus operaciones, productos o servicios a través de sus relaciones mercantiles, incluso en el caso de que no hayan contribuido a dichos impactos”. Este es el enfoque que adoptan los bancos si sus clientes (en el contexto de una relación corporativa y/o de inversión) causan o contribuyen a provocar impactos adversos en relación con los derechos humanos. Para ello establecen distintos grados de proximidad (dependiendo del tipo de producto o servicio financiero proporcionado) que pueden tener los bancos en relación con los impactos que afectan a los derechos humanos, incluyendo la

referencia a estudios de caso. También señalan que el rol del banco se centra adecuadamente en influir en las acciones del cliente antes de centrarse en reparaciones para el titular de los derechos.

En términos generales, los bancos lo hacen mediante el desarrollo y la adopción de políticas de salvaguardas para identificar riesgos, realizar procedimientos de debida diligencia y considerar medidas de mitigación que influyan en las acciones del cliente que causa o contribuye a generar los impactos identificados. En general dichas políticas están orientadas por los 10 Principios de Ecuador:

- ❖ Principio 1: Revisión y categorización
- ❖ Principio 2: Evaluación ambiental y social
- ❖ Principio 3: Normas ambientales y sociales aplicables
- ❖ Principio 4: Sistema de gestión ambiental y social, y Plan de Acción de los Principios del Ecuador
- ❖ Principio 5: Participación de los grupos de interés
- ❖ Principio 6: Mecanismo de quejas
- ❖ Principio 7: Revisión independiente
- ❖ Principio 8: Compromisos contractuales
- ❖ Principio 9: Seguimiento independiente y reporte
- ❖ Principio 10: Presentación de informes y transparencia

En el sector privado se toman como referencia las Normas de Desempeño de la IFC, que también están inspirados en los principios de Ecuador. Ahora, como en el caso de la Ruta del Sol, si bien pueden existir políticas de salvaguarda, estas suelen tener grandes problemas de implementación. En el caso de la Ruta del Sol, se argumen-



taba que la presencia de la IFC como estructuradora, daría garantías para la correcta realización del proyecto. Sin embargo, observamos que pueden existir conflictos de intereses que impiden una implementación real de las políticas de salvaguarda.

Ahora, sobre los Principios Rectores, el *Thun Group* señala que la proximidad del banco respecto al impacto en relación con los derechos humanos es una de las cuestiones más debatidas a la hora de definir la exigencia y el alcance de la diligencia debida ¿Qué tanto debe exigirse y cómo evaluar la proximidad entre las responsabilidades del banco en derechos humanos, con sus clientes y los servicios que financian? Las responsabilidades del Banco en materia no deberían depender de la proximidad del banco con los impactos, sino que debe ser asumida en su totalidad desde el inicio, en tanto su capital posibilita el desarrollo de las obras y proyectos.

Otros lineamientos y estándares aplicables: La Iniciativa Financiera del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente

Como se ha explicado, en *project finance* también se ven involucrados financiadores que van más allá de las entidades bancarias e involucran inversores institucionales y administradoras de fondos de pensión. Recién se han hecho algunos avances sobre lineamientos para las inversiones de estos actores. La Iniciativa Financiera del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente trabaja con más de 290 miembros entre bancos, compañías de seguros e inversores y ha elaborado algunos lineamientos para que las inversiones y participaciones, con el objetivo de que las finanzas privadas contribuyan al logro de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible y el Acuerdo de París sobre Cambio Climático.

Principios para la banca responsable: Fueron lanzados en septiembre de 2019, y acogen a más de 130 bancos que poseen colectivamente USD 47 billones en activos, es decir un tercio del sector bancario global. Son 6 los principios que incluyen algunas guías de orientación e implementación.

1. **Compromiso.** Las entidades se comprometen a alinear sus actividades empresariales con los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) y el Acuerdo de París sobre Cambio Climático.
2. **Impacto.** Se ampliarán los impactos positivos, reduciendo los negativos. Los bancos concentrarán sus esfuerzos en aquellas áreas donde su impacto sea más significativo.
3. **Clientes:** Las entidades trabajarán de manera responsable con los clientes para fomentar prácticas sostenibles y actividades económicas que generen prosperidad compartida, tanto para las generaciones actuales como las venideras.
4. **Grupos de interés.** Las entidades se comprometen a involucrar y colaborar proactivamente con los grupos de interés relevantes para alcanzar estos objetivos.
5. **Gobernanza y fijación de objetivos:** Fijarán objetivos públicos para corregir los impactos negativos más importantes de su actividad, así como amplificar los positivos para adecuarlos y contribuir a la consecución de los objetivos de desarrollo sostenible y cambio climático.
6. **Transparencia y responsabilidad.** Revisarán periódicamente la implantación individual y colectiva de estos Principios, informarán de una manera totalmente transparente y asumirán la responsabilidad sobre los impactos positivos y negativos de sus actividades.



Principios para la Sostenibilidad de Seguros: Fueron establecidos en el año 2012 y es aplicado a una cuarta parte de las aseguradoras del mundo. Dichos principios son:

1. Integrar en los procesos de toma de decisiones las cuestiones ambientales, sociales y de gobernanza (cuestiones ASG) pertinentes a la actividad de seguros.
2. Colaborar con los clientes y socios comerciales para concienciar sobre las cuestiones ambientales, sociales y de gobernanza, gestionar el riesgo y desarrollar soluciones.
3. Colaborar con los gobiernos, los reguladores y otros grupos de interés fundamentales, con el fin de promover una acción amplia en toda la sociedad sobre los temas ambientales, sociales y de gobernanza.
4. Rendir cuentas y transparencia, divulgando de manera pública y periódica los avances en la aplicación de los Principios.

Principios para la Inversión Responsable: Fueron establecidos en 2006 y es aplicado a la mitad de los inversores institucionales del mundo que poseen USD 83 billones en activos.

- **Principio 1:** Incorporar cuestiones ambientales, sociales y de gobernanza (ASG) en el análisis de inversión y los procesos de toma de decisiones.
- **Principio 2:** Incorporar cuestiones ambientales, sociales y de gobernanza en nuestras políticas y prácticas de propiedad.
- **Principio 3:** Buscar la divulgación adecuada sobre los problemas de ASG por parte de las entidades en las que requieren inversiones.

- **Principio 4:** Promover la aceptación e implementación de los Principios dentro de la industria de inversión.
- **Principio 5:** Trabajar de forma conjunta para mejorar la efectividad en la implementación de los Principios.
- **Principio 6:** Informar sobre las actividades y el progreso en la implementación de los principios.

En general, se destaca la iniciativa en proponer principios que guían las inversiones de diferentes tipos de inversionistas. Sin embargo, como puede observarse, son lineamientos generales y no existe claridad de los niveles de implementación dentro de los cuerpos normativos de las instituciones. En ese sentido, la utilidad de la existencia de dichos principios es mínima.

Un punto rescatable de estos lineamientos y el papel del *Thun Group*, es que los escenarios de discusión ayudan a cerrar la distancia que motivó en parte este análisis: las responsabilidades entre actores económicos como los bancos y empresas y los vínculos entre modelos de financiamiento de proyectos con los derechos humanos.

La discusión, además del establecimiento de normativas, debe también darse en el ámbito de las obligaciones y responsabilidades en materia, y que puedan surgir mecanismos judiciales y administrativos para que las personas, poblaciones y comunidades afectadas puedan tener acceso a escenarios de justicia y remediación, empezando por los bancos, quienes posibilitan cualquier proyecto en términos de capital.

Conclusiones y comentarios finales

El modelo de *project finance* se ha establecido en países como Colombia como la solución financiera para llevar a cabo megaproyectos de infraestructura debido a sus características particulares de recolección de ingresos y retribuciones a prestamistas. Sin embargo, este modelo se ha mantenido alejado de la sociedad civil bajo el argumento de que los marcos financieros son competencia de los privados (contratistas y prestamistas) y no tienen lugar para la participación de quienes se van a ver beneficiados o afectados por el proyecto. Teniendo en cuenta los principios nacionales e internacionales en materia de derechos humanos y entidades financieras, consideramos que esta distancia ha generado un malestar dado el impacto social por parte de estos megaproyectos. Pretender que los impactos financieros de un proyecto no tienen un impacto directo sobre las comunidades muestra el desinterés de estas entidades en reconocer su responsabilidad frente a los derechos humanos.

Considerando los elementos del *project finance* y observando su aplicabilidad en las estructuras contractuales vemos tres grandes espacios en los que se debe profundizar este modelo: i) la participación, ii) la transparencia, y iii) la democratización de los proyectos. La participación y la democratización presentan los mayores retos

debido a que, por la naturaleza de los proyectos y su complejidad, quienes se encuentran en capacidad de gestionarlos y desarrollarlos son, naturalmente, grandes empresas que cuentan con la capacidad financiera de asumir los riesgos que implican estas grandes obras de infraestructura.

Al hablar de participación, consideramos que uno de los mayores problemas es la concentración de estos proyectos en grupos empresariales determinados. Como se muestra en el análisis de caso, vemos que 9 de los 30 proyectos viales que se están desarrollando actualmente en Colombia, están en cabeza de un grupo empresarial que toma decisiones sobre estos de manera conjunta. En estos casos existe una interdependencia entre varios proyectos que dependen de la estabilidad los unos de los otros. Es un mismo grupo empresarial quien financia, estructura, construye y opera grandes proyectos de infraestructura y que ha generado una cooptación estatal para favorecerse de la gestión del Estado, del establecimiento de marcos normativos y de una flexibilización de controles en el desarrollo de estos proyectos.

Actualmente los proyectos que están en cabeza de empresas controladas por Corficolombiana están siendo, a su vez, financiados por bancos del Grupo Aval el cual se encuentra, también, bajo el control del grupo empresarial Luis Carlos Sarmiento Angulo. Esto crea un círculo de autopréstamos en los proyectos que aumenta el nivel de riesgos que se pueden materializar a raíz de la falla de uno de esos proyectos. Debemos tener en cuenta que el Grupo Aval controla bancos como el Banco de Bogotá, Banco de Occidente, Av Villas, Banco Popular, y el fondo de pensiones Porvenir. Todas estas instituciones manejan altos flujos monetarios de una importante parte



de la sociedad colombiana. La misma situación se refleja en los autopréstamos en el caso de las administradoras de fondos de pensión para las APP, también controladas por el grupo empresarial, como Porvenir.

Asimismo, se evidenció que estos bancos realizan préstamos de hasta el 25% de su capital a sociedades que hagan parte de su grupo empresarial, sin garantías, cuando es para proyectos de infraestructura de la cartera 4G. Tener una concentración en megaproyectos de esa magnitud abre una vulnerabilidad financiera que de tener alguna eventualidad podría terminar afectando a la sociedad colombiana. Lo anterior se hizo evidente luego de los escándalos de corrupción de Odebrecht que frenaron el desarrollo de estos proyectos.

Por ejemplo, las relaciones entre la firma brasileña y las firmas colombianas del Grupo Solarte en el marco de la Ruta del Sol, han afectado los proyectos donde el Grupo Solarte tiene participación. Esta situación llevó a que los bancos no otorgarán el financiamiento para el desarrollo de las obras. Actualmente, se conoce que el Grupo estaría vendiendo sus participaciones en los proyectos a empresas extranjeras.⁴²

De igual manera, vemos cómo los bancos tienen una influencia directa en quienes ejecutan los contratos y en esa medida tienen mayor agencia de la que muestran tener sobre estos proyectos. Así como ocurre con ciertas entidades financieras internacionales, los bancos pueden exigir estándares de calidad, no solo en la infraestructura,

⁴² *La República* (2018). Participaciones de los Solarte en las vías 4G están en venta. <https://www.larepublica.co/empresas/en-venta-participaciones-de-los-solarte-en-las-vias-4g-2719997>

sino también social y ambiental de los proyectos, por lo que su rol en la ejecución de estos debe partir no solo de la rentabilidad financiera sino también del impacto social y ambiental. Para ello, se necesita un mayor compromiso en derechos humanos, involucrando a sus marcos normativos referencias claras a los principales instrumentos en materia.

Ahora, en cuanto a transparencia y acceso a la información, los contratos financieros siempre se han mantenido a puerta cerrada entre los contratistas y los prestamistas, dado que son de naturaleza privada y no tienen implicaciones en el interés público. Actualmente, tener acceso a la información financiera de estos megaproyectos, especialmente a los acuerdos entre los contratistas y los prestamistas es imposible. Existe información en los informes de gestión anuales de los bancos o en algunos espacios virtuales de las sociedades involucradas, sin embargo, la información es mínima y no permite a los usuarios hacer un seguimiento real de lo que ocurre en el proyecto. Tampoco se tiene acceso a los movimientos financieros que se realizan entre la cuenta proyecto y la ANI para determinar el progreso económico de estos proyectos.

Es importante recordar que, si bien los temas financieros se han entendido siempre como parte de la esfera privada de los negocios al estar regulado por derecho privado y no público, estos proyectos son realizados en función del interés general y con recursos ya sea presupuestales o recolectados que provienen de la sociedad. Se debe tener en cuenta que nada de lo que sea público debe suceder en privado. Promover el acceso a la información en todas las fases de los proyectos de infraestructura pública y mejorar el Registro Único de Asociaciones Público Privadas (RUAPP) son condiciones necesarias



para que la ciudadanía pueda realizar veeduría a los recursos y los proyectos.

Frente a la democratización en el desarrollo de proyectos, consideramos que la participación de las comunidades afectadas para la planeación, ejecución de la obra, operación y mantenimiento, debe ser una condición central. En ocasiones anteriores se ha fomentado la democratización de megaproyectos desde los pliegos de condiciones, dando más puntos habilitantes a quienes muestren que su proyecto cuenta con una mayor participación de las comunidades que se encuentran en capacidad de ejecutar actividades puntuales del proyecto. Como mencionamos anteriormente, la gestión y estructuración del proyecto irá en cabeza de empresas que cuenten con la capacidad financiera de asumir sus riesgos, sin embargo, en la ejecución de los proyectos es posible dar un mayor valor a la participación comunitaria en la ejecución de la obra para, entre otros, fomentar el crecimiento de la industria local.

Esta estrategia se plantea como medida para mitigar los impactos sociales y ambientales que podría alcanzar a tener un proyecto en las comunidades en casos que se vean afectados por desbalances financieros. Cuando los proyectos se relacionan con la comunidad únicamente como proveedores de empleo durante un tiempo determinado en territorios donde no hay un fuerte desarrollo económico terminan causando dependencia a estos sin generar verdaderos cambios en la industria de estos lugares. Por el contrario, al incluir en la ejecución de los proyectos a las comunidades se puede fomentar un verdadero crecimiento económico que promueva el desarrollo.

Con el apoyo de:



CHARLES STEWART
MOTT FOUNDATION®