



**SNC • LAVALIN**

SNC LAVALIN INC.  
Cra. 10 # 97A-13 Of. 207 Torre B  
Nit. 800.248.194-8  
Bogotá, Colombia  
www.snclavalin.com

Teléfono : +57 (1) 6420697  
          : +57 (1) 6420693  
Fax:       : +57 (1) 6420694

Bogotá, D.C. 15 de diciembre de 2009

SLI-277-2009

Señores  
**INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES - INCO**  
Subgerencia de Estructuración y Adjudicación  
Atn. Dr. David Villalba  
Subgerente de Estructuración y Adjudicación  
Edificio Ministerio de Transporte  
Avenida El Dorado CAN, Tercer Piso, Bogotá, D.C., Colombia  
Fax: (+571) 3240800

INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES
Rad No. 2009-409-027178-2
Fecha: 15/12/2009 17:04:27->200
OEM: SNC-LAVALIN
Anexos: SIN FOLIAR



**Referencia**    *Licitación Pública No. SEA-LP-002-2009. Conjunto de Preguntas y Solicitudes No. 1*

Estimados Señores:

Por medio de la presente nos permitimos anexar nuestras preguntas, solicitudes de aclaración y de modificación al Proyecto de Pliegos de Condiciones de la licitación en referencia, de acuerdo al numeral 2.5.2. Preguntas y Respuestas.

Queremos manifestar nuestro interés en evaluar nuestra posible participación en este importante proyecto y por lo tanto agradecemos sus respuestas, las cuales contribuirán de manera importante a una adecuada evaluación de costos y riesgos.

Agradezco de antemano su atención.

Cordialmente,



**ROLANDO SARMIENTO FLOREZ**  
Representante Legal (Suplente)  
SNC-Lavalin International Inc. Sucursal Colombia

Anexo: Lo enunciado (11 folios)

 AFT/Inah.



**SNC • LAVALIN**

SNC LAVALIN INC.  
Cra. 10 # 97A-13 Of. 207 Torre B  
Nít. 800.248.194-8  
Bogotá, Colombia  
www.sncvalin.com

Teléfono : +57 (1) 6420697  
          : +57 (1) 6420693  
Fax:       : +57 (1) 6420694

**ANEXO  
SOLICITUD DE ACLARACIONES No. 1**

**PROYECTO DE PLIEGOS DE CONDICIONES**

**Numeral 1.4. Definiciones**

**1) – Definición (xx) Proyecto de Infraestructura**

**Solicitud de Modificación:** Solicitamos que se amplíe la definición de Proyecto de Infraestructura, de manera que se incluyan los proyectos de construcción de infraestructura para sistemas de transporte masivo urbano férreo, como metros y "light rail":

*"xx) Proyecto de Infraestructura: Es la financiación construcción y operación de obras de infraestructura que corresponden a los sectores de generación, transmisión y distribución de energía, agua potable, saneamiento básico, carreteras, puertos, aeropuertos, infraestructura de sistemas de transporte masivo urbano de pasajeros, transporte de hidrocarburos y transporte de gas"*

- 2) **Definición (z) "Fianza"** Es el contrato que suscribirán (i) los futuros accionistas de la Promesa de Sociedad Futura; y/o (ii) las sociedades controlantes del Proponente que acrediten experiencia de su matriz. y/o (iii) los accionistas del SPV. En los casos señalados en los numerales (i) y (iii) solamente suscribirán la fianza los accionistas o futuros accionistas que sean MAP y acrediten experiencia en la presente Licitación. Aquellos MAP que no acrediten experiencia en la presente Licitación, no deberán diligenciar la Fianza. La fianza para la situación prevista en el numeral (i) se sujetará a los términos y condiciones señaladas en el Anexo 2 de estos Pliegos y La Fianza para las situaciones descritas en los numerales (i) y (iii) se sujetarán a las condiciones señalados en el Formato 7.

**Capítulo III REQUISITOS HABILITANTES Numeral 3.3.4. (b) Promesa de Sociedad Futura (vi)** "Así mismo, junto con el contrato de promesa de sociedad el (los) futuro(s) accionistas o socios o participes que sean MAP deberán cada uno suscribir una Fianza, cuya única condición suspensiva válida será la Adjudicación del Contrato de Concesión"

**Observación:** En relación con la disposiciones mencionadas y resaltadas, entendemos que el Otorgamiento de Fianza por parte de la matriz del proponente y/o del integrante de estructura plural que es MAP, obedece a la necesidad del Estado Colombiano de



**SNC • LAVALIN**

SNC LAVALIN INC.  
Cra. 10 # 97A-13 Of. 207 Torre B  
Nit. 800.248.194-8  
Bogotá, Colombia  
www.snc-lavalin.com

Teléfono : +57 (1) 6420697  
          : +57 (1) 6420693  
Fax:      : +57 (1) 6420694

garantizar que quien acreditó los requisitos habilitantes (capacidad jurídica, técnica y financiera) que sirvieron de base para la adjudicación del Contrato, permanezca vinculado al Concesionario (durante las etapas de preconstrucción y construcción únicamente) y responda en caso de ser necesario, por los compromisos y obligaciones que adquirió el Proponente, con base en la experiencia acreditada.

Teniendo en consideración lo anterior, entendemos que en el evento en que un proponente individual interesado en la Licitación presente propuesta mediante la figura de **Promesa de Sociedad Futura de una SAS con único accionista** y acredite los Requisitos Habilitantes de la Matriz del Proponente y de otras sociedades controladas por la Matriz del Proponente, sólo será necesario el otorgamiento de una sola Fianza, esto es la Fianza otorgada por la Matriz (en razón de la definición contenida en el numeral 1.4 (z) **y que no será necesario el otorgamiento de otra Fianza** por parte del Proponente, si este no acredita experiencia (en razón de la previsión del numeral 3.3.4.b respecto de la Promesa de Sociedad Futura). Solicitamos confirmar si nuestro entendimiento es correcto.

**3) Por otra parte y en relación con la Fianza otorgada por la Matriz, entendemos que.**

- a) El Fiador (la Matriz) quedará obligado frente al INCO en los mismos términos y condiciones que el Contratista (la subordinada) lo está y también tendrá las mismas facultades frente al INCO de las que el Contratista es titular en virtud del Contrato, incluyendo las relativas a sus derechos de defensa, es decir que el Fiador tendrá las **mismas obligaciones, derechos y defensas que tiene el contratista bajo el Contrato y por tanto el Fiador no adquiere más obligaciones que las del Contratista, pues la responsabilidad máxima del Fiador en virtud de este Documento (Anexo 2 del Pliego de Condiciones) no puede exceder la responsabilidad máxima del Contratista bajo el Contrato de Concesión.**
- b) El INCO dará aplicación al procedimiento de declaración de incumplimiento previsto en el contrato, frente al Concesionario, **de manera previa a la activación de la Fianza de la Matriz**
- c) En el evento en que el Fiador asuma el cumplimiento de las obligaciones del Contratista, **el Fiador tendrá derecho a recibir los mismos pagos que habría recibido el Contratista, de haber cumplido con las obligaciones que tenía a su cargo.**



**SNC • LAVALIN**

SNC LAVALIN INC.  
Cra. 10 # 97A-13 Of. 207 Torre B  
Nit. 800.248.194-8  
Bogotá, Colombia  
www.sncvalalin.com

Teléfono : +57 (1) 6420697  
          : +57 (1) 6420693  
Fax:       : +57 (1) 6420694

Solicitamos confirmar si nuestros entendimientos son correctos.

**4) Análisis y Observación:** Entendemos que es válido legalmente y a la luz de lo previsto en los Pliegos que un interesado en participar en la presente Licitación que sea una Sociedad Anónima Colombiana, presente su propuesta de manera individual a través de una Promesa de Contrato de Sociedad por Acciones Simplificada de objeto único y acreditando los Requisitos habilitantes (Condiciones de Experiencia y Capacidad Financiera) de la siguiente manera:

a) **Las Condiciones de Experiencia:** Con la experiencia de una Sociedad que tiene el control de manera directa de más del 50% del Capital de la Sociedad Anónima Colombiana otorgante de la Promesa de Contrato de Sociedad por Acciones Simplificada de objeto único (Proponente). Esto en aplicación del Artículo 261 C de Co primer inciso y del Numeral 3.5.1. (i) de los Pliegos de la Licitación, pues más del 50 % del capital del proponente le pertenece directamente a la sociedad que acredita las condiciones de experiencia.

b) **La Capacidad Financiera:** Con la experiencia de una Sociedad que tiene el control de manera indirecta del 100% del Capital de la Sociedad Anónima Colombiana otorgante de la Promesa de Contrato de Sociedad por Acciones Simplificada de objeto único (Proponente). Esto en aplicación del Artículo 261 C de Co primer inciso y Numeral 3.5.1. (ii) y (iii) de los Pliegos de la Licitación, pues el 100% del capital le pertenece indirectamente por intermedio o con el concurso de sus subordinadas, a la sociedad que acredita la capacidad financiera.

Por lo tanto solicitamos indicar si nuestro entendimiento es correcto.

**5) Sección 3.3.1 – Interesados Colombianos**

**Observación:** Entendemos que el INCO no considera arriesgado que el Proponente se haya constituido justo antes de la apertura de la licitación, tal y como lo permitió en procesos licitatorios similares recientes (SEA-LP-001-2009), y que por lo tanto los Proponentes, ya sean personas jurídicas civiles o comerciales Colombianas, que se hayan constituido con anterioridad a la **fecha de cierre** de la Licitación se encontrarán habilitadas para presentar propuesta dentro del presente proceso licitatorio

**Solicitud de Aclaración:** Solicitamos se aclare que en el numeral 3.3.1.b.i.4, estableciendo que los proponentes pueden haberse constituido con anterioridad a la **fecha de cierre** de la presente licitación, y no a la fecha de apertura, de acuerdo a la siguiente redacción:



**SNC • LAVALIN**

SNC LAVALIN INC.  
Cra. 10 # 97A-13 Of. 207 Torre B  
Nlt. 800.248.194-8  
Bogotá, Colombia  
www.sncvalin.com

Teléfono : +57 (1) 6420697  
          : +57 (1) 6420693  
Fax:      : +57 (1) 6420694

*"4) que se han constituido con anterioridad a la fecha de cierre de la Licitación y que el término de duración es por lo menos igual al Plazo Total Estimado del Contrato y cinco (años) más.*

#### **6) Sección 4.3 – Forma de Acreditar la Experiencia en Construcción**

**Solicitud de Modificación:** Solicitamos que se elimine el numeral 4.3.3, para el caso de los proponentes extranjeros, y se permita emitir cualquiera de las otras dos alternativas propuestas en el numeral 4.3. Consideramos que las certificaciones emitidas por los clientes, acompañadas de los datos de contacto del cliente, deben ser suficiente información para demostrar la capacidad en construcción del Proponente. Creemos innecesaria e impráctica la certificación emitida por la **Entidad Certificadora Internacional**, la cuál, según la definición del Proyecto de Pliegos de Condiciones, solo puede ser una de las siguientes: a) Bureau Veritas Internacional, b) Societé Générale de Surveillance (SGS) y c) Lloyd's Register, por las siguientes razones:

- a) Estas entidades no están en capacidad legal de certificar que el Proponente ejecutó algún proyecto, ya que esta capacidad reside únicamente en el Cliente y en el Proponente. Las entidades mencionadas en el Proyecto de Pliegos limitan sus certificaciones a los estándares de calidad, seguridad y otros, con los que la empresas realizan sus actividades, y por lo tanto, no pueden atestiguar las cantidades ejecutadas de un proyecto, ya que esto no se encuentra dentro de sus funciones
- b) Solicitamos se aclare si el INCO ya ha establecido conversaciones con los Representantes Legales de estas empresas certificadoras para discutir este tema, y en caso positivo, agradecemos se nos comuniquen las conclusiones de estas empresas certificadoras sobre la viabilidad jurídica de sus empresas para emitir estos certificados de experiencia

#### **7) Sección 4.4.3. v 4.5.3. – Forma de acreditación de la Información Financiera**

**Observación:** Entendiendo la importancia de corroborar la información financiera que presenta el Proponente para cumplir con los requisitos financieros, nos permitimos observar que para muchas empresas internacionales cuya moneda de transacción es diferente al dólar americano, les es imposible obtener de sus revisores fiscales internacionales un formato como el Formato No. 2, diligenciado en Dólares Americanos firmado, ya que estas conversiones pueden tergiversar la verdadera situación financiera de la empresa, riesgo que los revisores fiscales internacionales no



**SNC • LAVALIN**

SNC LAVALIN INC.  
Cra. 10 # 97A-13 Of. 207 Torre B  
Nit. 800.248.194-8  
Bogotá, Colombia  
www.snc-lavalin.com

Teléfono : +57 (1) 6420697  
          : +57 (1) 6420693  
Fax:      : +57 (1) 6420694

están dispuestos a correr. En muchas situaciones, lo máximo permitido por los estatutos de estas empresas de auditoría, es diligenciar los debidos formularios en la moneda original. Estas políticas pueden representar un gran inconveniente en la preparación de las Propuestas, por lo que solicitamos se permita flexibilizar la forma de acreditación de la Información Financiera, sin que se perjudique el análisis objetivo y claro de los requisitos del Proponente.

**Solicitud de Aclaración:** Por lo tanto, solicitamos que, para el caso de las Empresas Extranjeras, se presente el Formato 2 que deberá estar suscrito por el representante del Proponente y el representante legal de cada uno de los miembros si fuese una Estructura Plural, adjuntando los Estados Financieros del último período en su moneda original debidamente suscritos por el Representante del Proponente y por el revisor fiscal del Proponente, con el fin de corroborar la información diligenciada en el Formato 2.

## **OBSERVACIONES A LA MINUTA DEL CONTRATO**

### **1) Sección 1.05 – Etapas de Ejecución Contractual**

**Observación:** Entendiendo la importancia para el Gobierno de que las obras se ejecuten lo más rápido posible, dada la importancia del proyecto para el crecimiento económico de la región, consideramos que el plazo de construcción de las obras es muy ajustado. Las dificultades logísticas y técnicas que imponen la construcción y rehabilitación de todas las vías objeto de este proyecto en el plazo máximo establecido actualmente de 3 años, pueden hacer que los costos de financiación hagan inviable la ejecución del proyecto y que la contraprestación del Concesionario no sea suficiente para cubrir su mínima tasa de retorno. Aumentar el plazo de construcción de las obras puede significar para el Gobierno un ahorro en el desembolso de vigencias futuras al proyecto, ya que el Concesionario podrá disponer de los recursos de manera más efectiva, reduciendo los costos financieros que implican la gran diferencia entre el plazo de ejecución de las obras y el plazo de pago del Gobierno.

**Solicitud de Aclaración:** Por lo tanto, solicitamos que se modifiquen los numerales 1.05.b y 2.04.b, y se aumente el Plazo de la Etapa Preoperativa, compuesta por la Fase de Preconstrucción y la Fase de Construcción, para que tenga una duración total máxima de CINCO (5) años, y que el plazo de la Fase de Construcción se aumente a CUATRO (4) años, conservando de igual manera, el plazo total para la ejecución del Contrato en SIETE (7) años, contados a partir de la Fecha de Inicio, tal y como está establecido en la Sección 1.04 Plazo Total del Contrato. Consideramos que este cambio garantizará el éxito del proyecto y la disminución de Aportes por parte del Gobierno, al



**SNC • LAVALIN**

SNC LAVALIN INC.  
Cra. 10 # 97A-13 Of. 207 Torre B  
Nit. 800.248.194-8  
Bogotá, Colombia  
www.snclavalin.com

Teléfono : +57 (1) 6420697  
          : +57 (1) 6420693  
Fax:      : +57 (1) 6420694

reducir significativamente los costos financieros del mismo. Así mismo, entendemos que al aumentar el plazo de construcción del proyecto, el INCO podrá determinar nuevos plazos específicos para los diferentes tramos que hacen parte del proyecto, de manera que se cumplan los objetivos de competitividad propuestos por el Gobierno, sin llegar a causar un impacto en los costos financieros del proyecto, que hagan inviable la participación en el mismo.

## 2) Sección 5.02 Aportes de Capital del Concesionario

**Observación:** Debido a las características de la forma de pago al Contratista, de manera que gran parte de su contraprestación corresponde a un pago inmediato o futuro respaldado por las Vigencias Futuras con que cuenta el INCO para la ejecución del Contrato, el Concesionario tendrá la facilidad de acceder al mercado financiero, ya sea proveniente de la banca o del mercado público de valores, lo que supondría un menor costo de financiación y por consiguiente, una oferta económica más conveniente para el INCO. El costo de los recursos de patrimonio (equity) que aporte el Concesionario o sus socios, resulta mucho más alto que el costo de financiación a través del mercado financiero. Consideramos que es el sector financiero, quién, en conjunto con el Concesionario, deberá determinar el porcentaje de equity a ser proporcionado por el Concesionario, teniendo en cuenta su trayectoria en ejecución exitosa de proyectos similares, el monto total de los recursos anuales no cubiertos por hitos, y la solidez financiera del mismo. La minuta del Contrato de Concesión induce de manera innecesaria al futuro concesionario a mantener una estructura de capital sub-óptima, que encarece el proyecto innecesariamente.

Cabe recordar que el valor total de los recursos a financiar para la ejecución de las obras, es menor al valor de la inversión total establecida por el INCO, debido no solo a la forma de pago del contrato, sino al cronograma de ejecución de las obras. De esta manera, los aportes que actualmente se solicitan por parte del Concesionario por \$138.864.760.891 Pesos Constantes de 31 de Diciembre de 2008, resultan demasiado altos con respecto al total de recursos necesarios para la financiación del proyecto, disminuyendo así la oportunidad del Gobierno de reducir los Aportes al Concesionario.

**Solicitud de Aclaración:** Por lo tanto, solicitamos que se modifique lo dispuesto en el numeral 5.02, de tal manera que se racionalice la estructura de capital del proyecto de forma que en el momento del Cierre Financiero durante la Etapa de Pre-Construcción, se certifique una estructura de capital del orden del 80% deuda y 20% equity, lo cual corresponde a estándares de la industria para este tipo de proyecto, y lo dispuesto por el mismo INCO en otros contratos de concesión. Para esta acreditación, en caso de que el INCO lo considere necesario, se podrá exigir la acreditación por parte del



**SNC • LAVALIN**

SNC LAVALIN INC.  
Cra. 10 # 97A-13 Of. 207 Torre B  
Nil. 800.248.194-8  
Bogotá, Colombia  
www.sncvalalin.com

Teléfono : +57 (1) 6420697  
: +57 (1) 6420693  
Fax: : +57 (1) 6420694

Concesionario de un Cierre Financiero proveniente de financiación bancaria. Así mismo, sugerimos que los Aportes de Capital del Concesionario no puedan ser inferiores a los \$ 26.000.000.000 Pesos Constantes de 31 de Diciembre de 2008, solicitados en los Pliegos de Condiciones para Promesas de Sociedad Futuras o SPV.

- 3) **Orden de Aplicación de mecanismos de cobertura:** Entendemos que ante un incumplimiento por parte del Concesionario, el INCO dará aplicación o hará efectivos los diversos mecanismos de cobertura, previstos tanto contractual como legalmente de manera secuencial lógica y no de manera simultánea. Es decir que ante un incumplimiento, el INCO seguiría el siguiente orden establecido en el Procedimiento de declaración del incumplimiento y de imposición de las multas aplicables según Capítulo X del Contrato en el siguiente orden de aplicación: 1. Incumplimiento- 2. Periodo de Cura para sanear incumplimiento (60) días- 3. Notificación del incumplimiento e inicio de procedimiento de imposición de multas - 10 a 15 días de descargos Concesionario y Compañía de Seguros Póliza de Cumplimiento- 4. Panel de Expertos - 5. Imposición de la Multa- 6. Aplicación del Límite de imposición de Multas hasta el 10% del Contrato - 7. Activación de la Garantía de Cumplimiento o la Garantía que aplique según el caso- 8. Activación de la Fianza de Casa Matriz. Solicitamos indicar si nuestro entendimiento es correcto

4) **Sección 6.06. Fuerza Mayor en la Adquisición Predial**

**Observación:** Consideramos que el plazo establecido para que el INCO redefina el alineamiento del proyecto debido a las demoras en la entrega de los Predios es demasiado alto, considerando que el plazo de construcción establecido en la Minuta del Contrato es de apenas tres (3) años. Para un proyecto que requiere de tan alto número de adquisiciones prediales, consideramos de vital importancia que el INCO y el Contratista puedan encontrar soluciones técnicas rápidamente, con el fin de evitar sobrecostos y cambios importantes en el plazo total del proyecto.

**Solicitud:** Por lo tanto solicitamos que se modifique lo dispuesto en el numeral 6.06., de tal manera que *"...Si transcurrieren seis (6) meses contados desde la presentación de la demanda de expropiación presentada por el CONCESIONARIO sin que el juez resuelva favorablemente la entrega del(los) Predio(s) o sin que se haya conseguido la entrega del(los) Predio(s) por parte del(los) propietario(s) (los "Predios Faltantes"), y (i) siempre que dicha situación no se deba a causas imputables al CONCESIONARIO, y (ii) la entrega de dichos Predios sea necesaria para concluir las Obras de Construcción, el INCO podrá a su entera discreción redefinir el Tramo respectivo..."*

5) **Sección 13.02.e) Riesgos del Concesionario**



**SNC • LAVALIN**

SNC LAVALIN INC.  
Cra. 10 # 97A-13 Of. 207 Torre B  
Nit. 800.248.194-8  
Bogotá, Colombia  
www.sncvalin.com

Teléfono : +57 (1) 6420697  
          : +57 (1) 6420693  
Fax:      : +57 (1) 6420694

Solicitamos se aclare si el Contratista asumirá hasta el 20% del sobre costo causado en la adquisición de predios incluyendo la compensación social y económica tal como lo define el numeral 13.02.e, o si en su lugar el CONCESIONARIO asumirá los costos adicionales hasta por el 30% del Valor estimado de Predios y Compensaciones como lo establece el numeral 6.04.b.

**6) Sección 13.02 Riesgos del Concesionario**

**Observación:** Dentro de los cambios incorporados a la contratación estatal por parte de la Ley 1150 de 2007, está lo relacionado con la distribución de riesgos, indicado en el artículo 4 de la mencionada ley, que los riesgos previsibles que pudiesen afectar el futuro negocio jurídico, deberían tipificarse, asignarse y estimarse.

Por su parte, el artículo 88 del Decreto 2474 de 2008, definió de forma clara y precisa no solamente el concepto de riesgo, sino también cuando el mismo podía considerarse como previsible a efectos de poder, tal como lo indicó el artículo 4 de la Ley 1150 de 2007, realizar su tipificación, asignación y estimación entre las partes contratantes.

El mencionado artículo 88 del decreto reglamentario dice así:

*"Para los efectos previstos en el artículo 4° de la Ley 1150 de 2007, se entienden como riesgos involucrados en la contratación todas aquellas circunstancias que de presentarse durante el desarrollo y ejecución del contrato, pueden alterar el equilibrio financiero del mismo. El riesgo será previsible en la medida que el mismo sea identificable y cuantificable por un profesional de la actividad en condiciones normales.*

*La entidad en el proyecto de pliego de condiciones deberá tipificar los riesgos que puedan presentarse en el desarrollo del contrato, con el fin de cuantificar la posible afectación de la ecuación financiera del mismo, y señalará el sujeto contractual que soportará, total o parcialmente, la ocurrencia de la circunstancia prevista en caso de presentarse, o la forma en que se recobrará el equilibrio contractual, cuando se vea afectado por la ocurrencia del riesgo..." (negrilla y subraya fuera de texto)*



**SNC • LAVALIN**

SNC LAVALIN INC.  
Cra. 10 # 97A-13 Of. 207 Torre B  
Nit. 800.248.194-8  
Bogotá, Colombia  
www.snc-lavalin.com

Teléfono : +57 (1) 6420697  
          : +57 (1) 6420693  
Fax       : +57 (1) 6420694

De lo arriba transcrito es fácil concluir que solamente podrá considerarse como riesgo previsible aquella circunstancia que de presentarse sea susceptible de *cuantificarse*, con miras a determinar la posible afectación que tal hecho tiene para la ecuación financiera del contrato.

Así, si bien un riesgo puede ser identificable o tipificable, esto es, reconocido como un potencial factor de perturbación de las expectativas económicas que cada una de las partes tenga, para que el mismo sea considerado como previsible y por ende susceptible de ser asignado, es necesario, tal como de forma explícita y diáfana lo exige el artículo 88 del Decreto 2474 de 2008, que dicho riesgo sea *cuantificable*, porque de lo contrario es imposible que un evento con la vocación de afectar la economía del contrato, sea adjudicado al contratista.

La razón de ser de dicha exigencia, esto es, que solamente se considere como riesgo previsible aquel que es susceptible de cuantificación, tiene como justificación tanto lógica como jurídica, el principio general de derecho que preceptúa que nadie está obligado a lo imposible, entendiéndose por esto, para el caso particular y concreto que ahora nos convoca, que el contratista no está en el deber ni legal ni contractual de asumir la variación ilimitada de la legislación tributaria colombiana, sino única y exclusivamente en lo que la entidad estimó que esto podría ocurrir.

Es decir, el riesgo previsible que asume el contratista estatal, en palabras tanto de la Ley 1150 de 2007 como de su Decreto Reglamentario 2474 de 2008, se circunscribe solamente a la *cuantificación* económica que del mismo se ha realizado por parte de la entidad, cuantificación esta que tiene como variables para su confección (i) la frecuencia con que pueda ocurrir la circunstancia perturbadora y (ii) su impacto en la ecuación financiera del contrato.

Por lo anterior, no es de recibo, a luz de las disposiciones ya tantas veces citadas, que la entidad se limite a indicar tanto en la matriz de riesgos como en las Secciones 13.02, literales "l" y "p" respectivamente de la minuta de los contratos de concesión, el tipo de riesgos que pretende transferir al contratista, sin precisar, como se lo exige la normatividad vigente, la cuantificación de los mismos, a fin de que puedan ser considerados como preVISIBLES.

Ahora bien, sabiendo que la tipificación, asignación y estimación de los riesgos en el actual proceso licitatorio, y en particular de riesgo de la variación en la legislación tributaria, fue realizada con base en las disposiciones contenidas en el documento CONPES 3107 de 2001, consideramos que no es válido que dicho documento sea la



**SNC • LAVALIN**

SNC LAVALIN INC.  
Cra. 10 # 97A-13 Of. 207 Torre B  
Nit. 800.248.194-8  
Bogotá, Colombia  
www.sncvalin.com

Teléfono : +57 (1) 6420697  
          : -57 (1) 6420693  
Fax:      : +57 (1) 6420694

base para definir la asignación de los riesgos especificados en los literales l) y p), por las siguientes razones:

En primer lugar, porque los documentos CONPES son meras recomendaciones y lineamientos de política y por tanto no pueden estar en contravía de lo dispuesto en un Acto Administrativo General como lo es el Decreto 2474 de 2008 ni mucho menos de una Ley como lo es la 1150 de 2007, que expresamente señalan que para que un riesgo tenga la vocación de ser transferido debe ser previsible, entendiendo por este último término cuando el riesgo es *cuantificable*, cuantificación está que **debe** estar contenida ya sea en los estudios previos o en documento anexo a los mismos, y que se constituye en el tope máximo de exposición que asume el contratista ante la ocurrencia del evento.

Así, de conformidad con la Ley 1150 de 2007 y el Decreto 2474 de 2008, no basta la asignación del riesgo, ya que es necesario, para que sea procedente su transerencia al contratista, que éste se *cuantifique* y de esta forma pueda considerarse como un riesgo previsible.

En segundo lugar, porque de adoptarse los lineamientos del mencionado documento CONPES en lo concerniente a los criterios que deben seguirse para la asignación de los riesgos, esto son, que éstos deben ser asumidos (i) por la parte que esté en mejor disposición de evaluarlos, controlarlos y administrarlos y/o (ii) por la parte que disponga de mejor acceso a los instrumentos de protección, mitigación y/o diversificación, no cabe la menor duda que el riesgo por la variación en la legislación tributaria tendría que ser asumido por la entidad estatal y no por el particular.

**Solicitud:** Por lo tanto solicitamos que se modifique lo dispuesto en el numeral 13.02 de la siguiente manera:

- I. Que se modifique el literal "l" de la Sección 13.02 y el literal "p" de la Sección 14.02 de la minuta del contrato en el sentido de que el riesgo por la variación en la legislación tributaria y la Ley Aplicable debe ser asumido por la entidad contratante por cuanto es ella y no el particular contratista, quien, de acuerdo con el documento CONPES 3107 de 2001, (i) está en mejor disposición de evaluarlo, controlarlo y administrarlo y (ii) tiene mejor acceso a los instrumentos de protección, mitigación y/o diversificación.
- II. Que independientemente de lo anterior y en el caso de que la entidad no acepte la modificación propuesta, se ponga a disposición de todos los interesados en el proceso licitación de la referencia, cumpliendo así con lo dispuesto en la Ley 1150 de 2007 y el Decreto 2474 de 2008, la



**SNC • LAVALIN**

SNC LAVALIN INC.  
Cra. 10 # 97A-13 Of. 207 Torre B  
Nit. 800.248.194-8  
Bogotá, Colombia  
www.sncvalalin.com

Teléfono : +57 (1) 6420697  
          : +57 (1) 6420693  
Fax:      : +57 (1) 6420694

*cuantificación* del riesgo por la variación de la legislación y en particular de la tributaria.

Es claro que de no poner a disposición de los interesados la información antes mencionada, no sólo se incumplirían las normas citadas, sino que, adicionalmente, no se podría considerar la variación en la legislación tributaria como un riesgo previsible y por ende transferible al contratista.

- III. Que independientemente de lo anterior y en el caso de que la entidad no acepte la modificación propuesta, y se refiera a la posibilidad de firmar un Contrato de Estabilidad Jurídica con el Gobierno, a fin de mantener las condiciones de Ley Aplicable y de variaciones en la legislación tributaria, se ponga a disposición de todos los interesados, el análisis de costos de dicho Contrato de Estabilidad Jurídica, determinando el valor de la Inversión sobre la cual se calcula el costo de dicho contrato, y se especifique si dicho costo se encuentra incluido en el Valor del Contrato estimado por INCO.