



Para contestar cite:  
Radicado INCO No.: 20102000075921  
\*20102000075921\*  
Fecha: 09-06-2010

Bogotá, D.C.

Doctor  
**ALEJANDRO ORDOÑEZ MALDONADO**  
Procurador General  
Procuraduría General de la Nación  
Dirección Carrera 5 No. 15-80 Piso 17  
Teléfono (1) 5 87 87 50 Ext. 11728  
Ciudad

PROCURADURIA GENERAL FECHA: 10-06-2010 15:09:13  
PARA INFORMACION. SOLICITANTE NO. 1124 19-05-2010  
PÁG. 01

**ASUNTO:** Sus comunicaciones con radicado INCO No. 2010-409-012728-2 de 3 de junio de 2010 y No. 2010-409-012906-2 de 8 de junio de 2010.

Respetado doctor Ordoñez:

En atención a las comunicaciones del asunto mediante las cuales expresa su preocupación por cuanto considera que el INCO no ha atendido las sugerencias y requerimientos de información efectuados por la Procuraduría en la reunión del 20 de mayo de 2010 y adicionalmente recomienda la revocatoria del acto de apertura de la Licitación SEA-LP-002-2009, atentamente nos permitimos dar respuesta a su oficio en los siguientes términos.

Para tal efecto, en primera instancia y en negrilla se encuentran los extractos del Acta Visita de la reunión citada en el párrafo anterior, relacionados con los tres aspectos que sobre el Proyecto Transversal de las Américas – Sector 1 se trataron en la misma, y, a reglón seguido la respuesta de este Instituto.

Aspecto No 1:

La Procuraduría hace la observación que el proyecto como está estructurado no permite llegar a Panamá, dado que los pliegos de condiciones determinan que el puente cacarica es optativo. Este tiene un costo de 50.000 millones de pesos que de no ser realizado, se reinvertiría. El pliego no indica en qué sería reinvertido. Por otro lado, la existencia del parque natural De los Catiós, tiene reserva. El órgano de control sugiere que se revisen estos aspectos, que se precise con claridad en que se reinvertirán los 50,000 y cómo el INCO solucionaría el problema que por existir el parque natural, el Ministerio de Ambiente no podría expedir licencias ni permisos ambientales sobre el terreno, lo que hace ver que esa no



Para contestar cite:  
Radicado INCO No.: 20102000075921  
\*20102000075921\*  
Fecha: 09-06-2010.

es la vía para llegar a Panamá. Se sugiere revisar y tener claridad, si el objeto es llegar a Panamá, que la vía que se vaya a concesionar en efecto sirva para ello. Se trata de cumplir el principio de planeación, que lo que se haga sea para de cumplir un fin previamente trazado por la administración. El INCO manifiesta que el objetivo del proyecto no es llegar a Panamá, sino hacer estudios de alternativas de cómo llegar a Panamá. Una vez las alternativas se hayan presentado al Ministerio de Ambiente, este se pronuncia sobre la viabilidad, luego de lo cual el INCO decide si les conviene o no, si conviene abre estudios y diseños. (subraya fuera de texto)

R/ El proyecto Transversal de las Américas concibió desde su inició en el Documento CONPES 3612 DE 2009, el tramo Palo de Letras – Cacarica – Lomas Aisladas con un alcance a nivel de estudios y diseños. Al respecto en la página 11 del citado Documento CONPES se establece con respecto a la Descripción y Alcance del Proyecto: *“El proyecto se extiende a lo largo de los departamentos de la costa norte del país, conectando por medio de una red vial unificada, a los países de Panamá, Colombia y Venezuela y adicionalmente a la costa Caribe con la troncal Occidente en Caucasia y con la troncal del Magdalena medio en Yé de Ciénaga. Comprende la rehabilitación y mantenimiento de 930,5 km de vías, la construcción de 703, 5 km de segunda calzada, la construcción de 161 km de nuevas vías, la construcción de dos puentes vehiculares, la operación y mantenimiento de los corredores y los estudios, diseños y licenciamiento ambiental del tramo Palo de Letras – Cacarica, tal y como se observa en la Gráfica 1”* (negritas y subrayado fuera de texto)

Este mismo documento encargó al Ministerio de Transporte y al INCO, en coordinación con el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y con el Departamento Nacional de Planeación, realizar la priorización de las obras que conforman el proyecto. Así las cosas, de conformidad con lo establecido en dicho documento CONPES, los estudios previos realizados para la licitación pública del Proyecto Transversal de las Américas Sector 1, recogen dentro del numeral 3.DESCRIPCIÓN DEL OBJETO A CONTRATAR, CON SUS ESPECIFICACIONES Y LA IDENTIFICACIÓN DEL CONTRATO A CELEBRAR, el alcance a nivel de estudios y diseños en el tramo Palo de Letras – Cacarica – Lomas Aisladas. En atención a lo anterior y en concordancia con lo establecido en el Documento CONPES 3612 de 2009, se desarrolló el proceso Licitatorio denominado SEA-LP-002-2009.

De conformidad con lo anterior, este Instituto frente a la apreciación formulada por la Procuraduría General de la Nación en el sentido de afirmar que *“el Proyecto como está estructurado no permite llegar a dicho país (Panamá), principalmente en atención a que el Puente Cacarica que posibilitaría la conexión, tal como lo concibe el pliego de condiciones, es optativo”*<sup>1</sup>, aclara que el objetivo que siempre ha tenido la Nación es efectuar estudios y diseños en el Tramo Palo de Letras - Cacarica – Lomas Aisladas, tal como lo que consagra el Pliego de Condiciones.

Ahora bien, en desarrollo del proceso, se está pidiendo al futuro concesionario que si por causas ambientales, totalmente fuera del alcance de este Instituto, no fuere posible conseguir el

Comunicación radicado No. 2010-409-012906-2 de 8 de junio de 2010.



Para contestar cite:  
Radicado INCO No.: 20102000075921  
\*20102000075921\*  
Fecha: 09-06-2010

licenciamiento ambiental requerido para desarrollar dicho tramo, estudie otras alternativas que le permitan a la Nación, igualmente cumplir con su objetivo de conectar los tres países (Panamá-Colombia-Venezuela) por vía terrestre. El alcance previsto en el pliego para el contrato a celebrar consiste en explorar y estudiar alternativas de conexión, lo cual no implica que el objetivo principal, la interconexión terrestre de los tres países no se vaya a alcanzar en una fase posterior.

Por otra parte, el hecho de contemplar alternativas diferentes, en atención a que en este caso existen competencias que están por fuera de la órbita de aquellas asignadas legalmente al Ministerio de Transporte y al INCO, no puede ni implicar que el alcance de la mismas sea diferente al contemplado en el CONPES 3612 de 2009, a saber: efectuar estudios y diseños definitivos para la interconexión terrestre. Por esta razón el INCO considera que los términos contenidos en los estudios previos y en el pliego de condiciones de la licitación, están acordes con el fin propuesto en el citado documento CONPES.

Con respecto al tramo Palo de Letras – Cacarica – Lomas Aisladas, es relevante señalar que el Pliego de Condiciones del proceso Licitatorio SEA-LP-002-2009, en el Apéndice Técnico A Parte A establece que: *"Para la conexión terrestre entre Colombia y Panamá, el concesionario efectuará un diagnóstico ambiental de alternativas y/o actualizará los existentes, mediante el cual se determinará la alternativa más conveniente, de acuerdo con los parámetros de conservación ambiental, interés socio-cultural y económico el cual deberá ser presentado a la autoridad ambiental competente para su análisis. Este diagnóstico ambiental de alternativas deberá incluir dentro de sus opciones el tramo Lomas Aisladas – Cacarica – Palo de Letras. De conformidad con el análisis que realice la autoridad ambiental en relación con el diagnóstico ambiental de alternativas efectuado por el concesionario, éste deberá presentar ante el INCO para su aprobación la alternativa que haya sido seleccionada como viable y así, obtener el visto bueno de la entidad para iniciar el procedimiento de gestión del licenciamiento y diseños del tramo a desarrollar"*.

De acuerdo con lo anterior no existe indefinición respecto al tema pues desde ya se prevén diversas opciones para desarrollar este sector, logrando así el objetivo trazado por la Nación a saber, la conexión terrestre entre Panamá y Colombia, según lo planteado en el documento CONPES y en los estudios previos.

Sobre la observación que hace la Procuraduría en el sentido de que *"El pliego no indica en qué sería reinvertido"*, *"y como el INCO solucionaría el problema que por existir el parque natural el Ministerio de Ambiente no podría expedir licencias ni permisos ambientales sobre el terreno"*, La SECCIÓN 3.02 de la minuta del Contrato, en uno de sus apartes dispone de la utilización a dar sobre los recursos de la subcuenta construcción Puente Cacarica así: *"Esta subcuenta se creará con la suscripción del Contrato de Fiducia Mercantil y se fondeará con los recursos de la Cuenta Aportes INCO, los cuales serán trasladados a esta subcuenta al vencimiento del segundo año de la Fase de Construcción, siempre y cuando se cumpla con la condición señalada en el párrafo siguiente, y deberán ser equivalentes a CINCUENTA MIL MILLONES DE PESOS CONSTANTES DE DICIEMBRE DE 2008 (\$50.000.000.000). Los valores de esta Subcuenta Construcción Puente Cacarica, se destinarán al diseño y construcción del puente de Cacarica sobre el Río Atrato, la cual se encuentra condicionada tanto a la aprobación por parte de las Autoridades Ambientales, de los*



Para contestar cite:

Radicado INCO No.: 20102000075921

\*20102000075921\*

Fecha: 09-06-2010

estudios y licencias que puedan llegar a requerirse para la ejecución del Tramo cuyo trazado implique la construcción de dicho puente, como al visto bueno que deberá otorgar el INCO. En caso de no obtenerse dicha aprobación antes de la finalización del segundo año de la Fase de Construcción, los recursos de esta Subcuenta Construcción Puente Cacarica se destinarán a criterio del INCO para la ejecución de obras adicionales o de cualquier otra actividad que requiera el Proyecto". Es decir que el concesionario deberá en primer lugar presentar a la autoridad ambiental alternativas de conexión terrestre entre Colombia y Panamá, posteriormente estas alternativas deben ser puestas en conocimiento de la autoridad ambiental competente (Ministerio de Ambiente) y solamente si la autoridad ambiental competente otorga viabilidad para alguna de las alternativas presentadas por el concesionario y esta incluye la construcción del puente, éste se construirá, teniendo claramente definido como será el manejo de los recursos destinados para la construcción del Puente Cacarica de darse o no su construcción.

Vale la pena aclarar que el Ministerio de Medio Ambiente no ha manifestado al INCO de manera formal la viabilidad o no viabilidad del otorgamiento de la licencia ambiental requerida para este tipo de intervención. A este respecto cabe mencionar que aún no se ha solicitado al Ministerio de Ambiente la licencia correspondiente toda vez que el diagnóstico de alternativas para obtener la licencia forma parte del alcance de la Licitación Pública SEA-LP-002-2009, tal y como lo definieron el CONPES 3612 de 2009 y los estudios previos de la mencionada licitación.

En cuanto al Principio de Planeación, este se ha cumplido a cabalidad, ya que dentro de la estructuración del proyecto todas las acciones tomadas fueron precedidas de una idónea planeación, teniendo como objetivo principal "renovar la infraestructura vial para incrementar la competitividad del país, optimizando el uso de recursos públicos"<sup>2</sup>, tal como lo manifiesta el documento CONPES 3612 de 2009, el cual fue elaborado con la participación del Departamento Nacional de Planeación, autoridad rectora de la planeación en nuestro país. Dentro de la finalidad de todo el proyecto Transversal de las Américas se encuentra la conexión terrestre con Panamá y esto fue recogido en los estudios previos y en el Pliego de Condiciones, al plantear dentro de las obligaciones del concesionario el presentar diferentes alternativas para la conexión terrestre entre Colombia y Panamá.

Finalmente, es de vital importancia destacar que tener un valor estimado del puente constituye una forma en que el Estado garantizará que de no ser viable alguna alternativa de conexión que lo incluya, estos recursos no se pierdan sino sean trasladados al valor de la nueva alternativa escogida o, en últimas, se destinen a la construcción de mayor obra dentro del mismo proyecto. De esta manera, el INCO busca proteger al máximo los recursos del Estado que están bajo su cuidado.

<sup>2</sup> Documento Conpes 3612 de 2009, página 9



Para contestar cite:  
Radicado INCO No.: 20102000075921  
\*20102000075921\*  
Fecha: 09-06-2010

## Aspecto No 2

El INCO manifiesta que ha habido incertidumbre sobre si se debe valer experiencia en construcción férrea, teniendo en cuenta lo que se decida en el Proyecto de Ruta del Sol Sector 3. Aquí si se pide experiencia general y específica. En la general se incluyen muchos sectores hidroeléctricas, gas, aeropuertos, férrea, etc.... (...) Al respecto la Procuraduría sugiere verificar si la experiencia férrea es necesaria y aporta valor al proyecto, teniendo en cuenta que: 1 El proceso correspondiente al tramo 1 del proyecto vial ruta del sol del 2009 no permitió la acreditación de experiencia de esta naturaleza. 2. Estamos frente a un proyecto nuevo e independiente de los demás, de una complejidad distinta.

R/ Para la estructuración de los requisitos habilitantes de la licitación pública SEA-LP-002-2009 se consideraron dos aspectos, en primer lugar su alcance en más de un 60% implica el mejoramiento y/o rehabilitación de vías existentes y en segundo lugar no se cuenta con obras de gran complejidad técnica. Teniendo esto presente se buscó establecer para la experiencia general un esquema que abarcara la Construcción y Operación, ya que para el desarrollo de la Concesión se han considerado dos etapas la Etapa Preoperativa (Fase de Preconstrucción y Fase de Construcción) y la etapa de Operación, Mantenimiento y Conservación.

De acuerdo con lo expresado en el anterior párrafo se determinó como experiencia general el haber desarrollado la 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 vial, infraestructura férrea, sistemas de transporte masivo de pasajeros, transporte de hidrocarburos y transporte de gas. (Negrilla y subrayado fuera de texto)

En cuanto al aporte que sectores como el férreo y los otros sectores citados en el pliego (SEA-LP-002-2009) pueden dar al proyecto Transversal de las Américas, se da en el hecho de poder contar con proponentes que no solo hayan construido la infraestructura, sino también hayan realizado la operación de la misma, en el entendido (para este caso) según el pliego de condiciones operación es: el conjunto de actividades necesarias, para asegurar el funcionamiento de la infraestructura construida". Queda claro así, en cuanto a la experiencia en infraestructura férrea, que incluirla dentro de los sectores con los que se pueden acreditar experiencia, se asoció con el hecho de que para el proyecto Transversal de las Américas Sector 1, es relevante para su desarrollo la experiencia en Construcción y Operación de una infraestructura dada en Concesión, para lo cual resulta adecuada la infraestructura férrea.

En cuanto a la experiencia específica, por las características técnicas para la construcción del proyecto, resulta relevante la experiencia en construcción de carreteras, motivo se buscó que la experiencia específica fuera en construcción de carreteras y no en otro tipo de construcciones.

Adicionalmente, vale la pena resaltar que desde la fecha de apertura de la Licitación Pública SEA-LP-002-2009, se estableció la experiencia en construcción y operación de obras de infraestructura en los sectores de infraestructura Férrea entre otros, es decir que las reglas desde el inicio



Para contestar cite:  
Radicado INCO No.: 20102000075921  
\*20102000075921\*  
Fecha: 09-06-2010

expresaron claramente la posibilidad de acreditar este tipo de experiencia general y el mercado así lo percibió y aceptó.

### Aspecto No 3

La Procuraduría General sugiere al INCO revisar la posibilidad de exigir cupo de crédito específico y no general, con el fin de garantizar que los recursos aprobados no sean empleados para otros proyectos, quedando como único destino de los mismos al proyecto en mención. El órgano de control considera que esta medida de mayor seguridad y garantías al proceso. En tal virtud, considera necesario la ampliación del plazo para el cierre del proceso.

R/ El 20 de mayo de 2010, después de la reunión sostenida con la Procuraduría, se publicó la Adenda No 6 al proceso Licitación Pública SEA-LP-002-2009, en esta adenda se modificó el numeral 4.5 CUPO DE CRÉDITO EN FIRME, solicitando que el cupo de crédito en firme para cumplir con el requisito habilitante sólo fuera específico, es decir, cupo de crédito para el desarrollo del Contrato de Concesión, que está definido en pliego de Condiciones como: " *el Contrato que se suscribirá entre el INCO y el Adjudicatario, por medio del cual se imponen a las partes las obligaciones recíprocas y se le conceden los derechos correlativos que instrumentan la relación contractual que se busca establecer a través de la presente Licitación.*". Adicionalmente, en esta misma Adenda se amplió el plazo del cierre de la Concesión del 28 de mayo de 2010 al 3 de junio de 2010, según los términos legales previstos para ello.

En cuanto a su preocupación expresada en su comunicación del día 8 de junio de 2010 "*que en los pliegos de condiciones que nos ocupan, no aparecen estimados ni cuantificados los riesgos previsibles*"<sup>3</sup>, me permito expresarle que INCO considera que ha cumplido con su obligación legal en debida forma y sus actuaciones se han ajustado a los mandamientos legales.

El INCO llevó a cabo la tipificación y asignación de los riesgos del proyecto Transversal de las Américas – Sector 1 de conformidad con la Política de Manejo de Riesgo Contractual del Estado para Procesos de Participación Privada en Infraestructura, contenida en los documentos CONPES 3107 y 3133. Este proceso consideró todos los riesgos del proyecto e incluyó aquellos previsibles, no previsibles, cuantificables y no cuantificables, en la medida en que la obligación es la de tipificar los riesgos y asignarlos ya que el efecto económico de su ocurrencia, podrá o no alterar la ecuación financiera del contrato, según la asignación efectuada.

De otra parte, vale la pena señalar que el hecho de que la valoración de los riesgos no sea pública, no quiere decir que el ejercicio no se haya hecho. En efecto, como parte del proceso de estructuración, el INCO llevó a cabo su propia valoración de los riesgos previsibles y cuantificables del proyecto ya que tal ejercicio se lleva a cabo para efectos de determinar el valor

<sup>3</sup> Comunicación radicado No. 2010-409-012906-2 de 8 de junio de 2010.



Para contestar cite:  
Radicado INCO No.: 20102000075921  
\*20102000075921\*  
Fecha: 09-06-2010

de los aportes al fondo de contingencias contractuales del Estado. Lo anterior debido a que los riesgos que asume la entidad pública son aquellos que, siendo previsibles y después de analizados en el modelo financiero de la entidad, no es posible que sean asumidos enteramente por el privado. Así las cosas, la asignación de riesgos del proyecto responde al análisis de riesgos realizado.

Ahora bien, teniendo en cuenta que la valoración de los riesgos hace parte del modelo financiero de valoración del proyecto y éste no debe ser publicado en los términos del decreto 2474, se considera que la no divulgación de la información tiene un sustento legal.

Sea lo primero precisar que los contratos de obra pública y concesión no son comparables fundamentalmente en lo que a riesgos se refiere. En efecto, mientras que en el contrato de obra pública quien, en esencia, asume los riesgos es el Estado, en el de concesión es el privado tal como expresamente lo señala el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 (*"Son contratos de concesión los que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden."*). (Negrilla y subrayado fuera de texto).

De lo anterior se desprende claramente que:

Mientras que en el contrato de obra pública, la entidad tiene la obligación de cuantificar los riesgos que va a asumir en la ejecución del contrato, ya que en el evento de que tales riesgos se materialicen su asunción debe estar incluida en el presupuesto del proyecto, en el contrato de concesión quien, por definición, debe asumir los riesgos del contrato es el privado y por ende es quien debe efectuar una labor específica para efectuar la cuantificación.

- (a) En principio quien tiene la obligación de asumir la totalidad de los riesgos derivados de la ejecución del contrato de concesión es el concesionario a menos que el Estado de manera expresa se reserve algunos, de conformidad con la Política de Manejo de Riesgo Contractual del Estado para Procesos de Participación Privada en Infraestructura contenida en los documentos CONPES 3107 y 3133.
- (b) Es por esta razón que, incluso antes de la obligación contenida en el artículo 4 de la Ley 1150 de 2007 (la "Ley 1150"), el INCO establecía en los contratos de concesión una cláusula de asignación de riesgos entre la entidad pública y el concesionario.



Para contestar cite:  
Radicado INCO No.: 20102000075921  
\*20102000075921\*  
Fecha: 09-06-2010

- (c) De lo anterior resulta claro que, cada una de las partes del contrato de concesión tiene la obligación de efectuar su propia valoración de los riesgos que les son asignados en el contrato.

Por lo anterior, conforme a las disposiciones legales, el INCO efectúa un análisis de riesgos de cada uno de sus proyectos, los identifica y asigna de la mejor manera, conforme a los principios generales de asignación de riesgos consistente en asignarlo a la parte que está en mejor condición de manejarlos.

En todo caso, es importante resaltar que el impacto del acaecimiento de un riesgo en el contrato de obra pública afecta directamente los recursos públicos mientras que en un contrato de concesión no puesto que corresponde al concesionario asumir aquellos riesgos que le han sido expresamente asignados y por lo mismo su valoración o cuantificación forma parte de los factores de la remuneración del concesionario y está incluida en su propuesta económica.

En efecto, es obligación de los interesados evaluar la totalidad de obligaciones y riesgos incluidos en el contrato y la presentación de la propuesta implica la asunción de los mismos, de acuerdo con los numerales 1.9.3 y 1.8.3. del pliego de condiciones. Así mismo el numeral 13.01 (a) del contrato de concesión establece que el concesionario declaró, con la presentación de la propuesta, que había efectuado la valoración de los riesgos que le fueron asignados.

De esta forma tenemos que los proponentes conocen y controlan los riesgos, lo cual se convierte en herramienta que le permite ganar en eficiencia en la ejecución o desarrollo de los contratos de concesión.

En este sentido, vale la pena señalar lo dicho en el Laudo Arbitral de RCN Televisión y Caracol Televisión, el 29 de abril de 2008, así:

*“Cuando el legislador dispone que el Concesionario obra - por su cuenta y riesgo- lo hace considerando que éste, de una parte acomete la ejecución del contrato con sus propios recursos y, de otra parte, sobre la base de que cuenta con cierta autonomía para realizar sus inversiones y para organizar la prestación o explotación del servicio o la obra. Y es precisamente en virtud de que el Concesionario cuenta con cierta autonomía empresarial en la ejecución del contrato, que se considera que a él le corresponderá asumir sus riesgos”*

Ahora bien, teniendo en cuenta que el proyecto vial Transversal de las Américas – Sector 1 (el “Proyecto”) es una concesión, el INCO debe ajustarse a las disposiciones previstas en la ley para contratos de concesión.

El artículo 4 de la Ley 1150 señala que los pliegos de condiciones deben incluir la “estimación, tipificación y asignación” de los riesgos previsibles. Sobre el particular la Procuraduría considera que no se ha incluido la estimación de los riesgos, Cabe señalar que el artículo 88 del Decreto 2474 de 2008 señala que la entidad debe “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”. Por lo tanto, debe comprenderse que la obligación es la de tipificar los riesgos y



Para contestar cite:  
Radicado INCO No.: 20102000075921  
\*20102000075921\*  
Fecha: 09-06-2010

asignarlos, el efecto económico de su ocurrencia, aunque si es determinado por la entidad para su modelo financiero, podrá o no alterar la ecuación financiera del contrato (según a quién se le ha asignado) y por ende solamente en el caso particular de ocurrencia se podrá determinar o cuantificar su efecto o real impacto en la ecuación.

Si bien el artículo 4 de la Ley 1150 de 2007 establece en forma general la obligación de efectuar la "estimación, tipificación y asignación" del riesgo, esta disposición fue reglamentada por el Decreto 2474 de 2008 en sus artículos 3 y 88, estableciendo en el numeral 4 del artículo 3 la siguiente disposición restrictiva de carácter especial: "En el caso de contratos de concesión no se publicará ni revelará el modelo financiero utilizado en su estructuración". Por consiguiente, siendo esta una disposición restrictiva de carácter especial prevalece sobre aquellas de carácter general contenidas en el artículo 4 de la Ley 1150 y en el 88 del Decreto 2472, resultando improcedente efectuar la publicación que solicita la Procuraduría. Lo anterior, puesto que la cuantificación de los riesgos es un elemento esencial del modelo financiero de valoración utilizado para la estructuración del proyecto.

Vale la pena señalar que la valoración de riesgos no es un análisis exógeno, sino que es un procedimiento que se desarrolla en el modelo financiero por cuanto lo que se busca es determinar el impacto que el acaecimiento de un riesgo (en su alea normal) genera en la variable financiera determinada. El proceso busca determinar cómo se afecta la rentabilidad del proyecto haciendo sensibilizaciones de los distintos elementos de riesgos del proyecto. Por lo tanto, publicar la cuantificación de riesgos significa publicar la información del modelo financiero del proyecto.

En efecto, tal como se explicó anteriormente, en los contratos de concesión la asunción de los riesgos es principalmente a cargo del privado quien tiene la obligación de asumírselos y para ello valorarlos e incluir tal cuantificación en su modelo de valoración de los riesgos. El no publicar el modelo de valoración del Estado (que contiene la cuantificación de los riesgos) tiene entonces como única razón de ser evitar que se desnaturalice el contrato de concesión y acatar el precepto legal contenido en el artículo 32 numeral 4 de la Ley 80 de 1993, según el cual, el concesionario ejecuta el contrato por su cuenta y riesgo.

Es importante resaltar que de publicarse la asignación de riesgos, estaríamos en una situación que afectaría al INCO y en general al Estado de manera importante puesto que los privados tomarían tal valor como un factor de su modelo de valoración y no harían la labor esencial de establecer su propia valoración. No debe olvidarse que la percepción de los riesgos es diferente según si se tiene o no la capacidad de controlarlo o mitigarlo o no; por lo tanto si, en las concesiones se publica la valoración del Estado estaríamos en la siguiente situación: (a) el proponente pone un valor excesivo en su modelo puesto que tomarían el valor de la Entidad que no tiene la capacidad de controlarlo; y (b) se estaría reconociendo el límite o tope que el Estado asumiría con respecto al acaecimiento de dicho riesgo, lo que implicaría -como ya se ha afirmado en discusiones sobre el tema en diferentes foros- que una vez alcanzado este valor, el Estado reasume el riesgo y su costo.



Para contestar cite:  
Radicado INCO No.: 20102000075921  
\*20102000075921\*  
Fecha: 09-06-2010

Frente al punto (b) anterior, se considera que la norma no señala que la cuantificación de los riesgos que efectúa la entidad debe constituirse en un factor inamovible de la ecuación contractual y presumirse que cuando se llegue a dicho valor el riesgo se devuelve al ente público. Esto sería pretender que los contratistas y en particular los concesionarios del Estado limiten su exposición al riesgo que le ha sido expresamente asignado, cuando la real intención es que el privado analice y asuma en su totalidad los riesgos que le son asignados. No debe perderse de vista el real alcance de la obligación del concedente a la hora de determinar, valorar y cuantificar los riesgos de un proyecto.

Por lo tanto, se reitera, los proponentes son quienes estarán en la obligación de efectuar su propio análisis de riesgos, la forma como percibe su probabilidad de ocurrencia (teniendo en cuenta que está en mejor posición que el INCO de controlar y mitigar aquellos que les sean asignados) y por ende, efectuar su propia valoración de los mismos, la cual, como es apenas evidente, puede ser diferente a la valoración de la Entidad. Lo anterior en la medida en que la percepción y el análisis acerca de la probabilidad de ocurrencia e impacto no necesariamente tendrá que coincidir con la del INCO.

Por último, vale la pena resaltar que para Transversal de las Américas - Sector 1, la tipificación y asignación de todos los riesgos realizada por el INCO y certificada por la Oficina de Planeación del Ministerio de Transporte mediante comunicación 2009-1210486751 de 25 de noviembre de 2009, fue publicada en los Estudios Previos y ampliamente discutida con los interesados en la Audiencia de Riesgos, que se celebró en estricto cumplimiento legal.

En relación con la valoración de riesgos, se siguió la metodología de análisis de riesgos del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y se determinó la valoración de las obligaciones contingentes de la Nación y los aportes al Fondo de Contingencias correspondiente. Esta valoración fue aprobada por este ministerio mediante comunicación 2-2010-004279 de 17 de febrero de 2010 de acuerdo con la Ley 448 de 1998 y el Decreto 423 de 2001 y publicada en el SECOP.

En conclusión, de conformidad con la disposición especial contenida en el numeral 4 del artículo 3 del Decreto 2474 de 2008, el INCO reitera que el pliego de condiciones se ajusta a los mandamientos legales, ha cumplido con su obligación legal en debida forma y se están protegiendo los intereses del Estado.

Reiteramos que la entidad realizó la correspondiente valoración de los riesgos, la cual está a disposición para su consulta por los entes de control, si lo consideran pertinente.

Por otra parte respetuosamente le informamos que hemos tomado nota atenta de sus sugerencias y tanto el INCO, como la UNIÓN TEMPORAL INTEGRACIÓN PARA LA COMPETITIVIDAD, constituida por Ferreira, Ruan & Asociados Ltda., Arrieta, Mantilla y Asociados y Rodrigo Puyo Vasco y encargada de la estructuración jurídica de la concesión Transversal de las Américas - Sector 1, han estudiado juiciosamente su sugerencia de revocar el acto de apertura de la licitación, analizando todos y cada uno de los hechos contenidos en su comunicado, frente a las causales



Instituto Nacional de Concesiones  
República de Colombia

**BICENTENARIO**  
de la Independencia de Colombia  
1810-2010



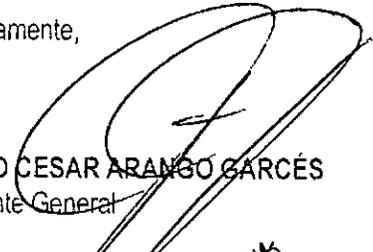
Para contestar cite:  
Radicado INCO No.: 20102000075921  
\*20102000075921\*  
Fecha: 09-06-2010

señaladas taxativamente en el artículo 69 del Código contencioso Administrativo para dicho efecto, concluyendo que no se tipifica ningunas de ellas.

Finalmente, en cuanto a la publicación del Acta en el SECOP, le informamos que de acuerdo con su solicitud el extracto concerniente a la licitación SEA-LP-002-2009 fue publicado el mismo día (3 de junio de 2010) en la página web correspondiente.

En los anteriores términos respetuosamente esta Entidad se permite dar respuesta.

Atentamente,

  
**JULIO CESAR ARANGO GARCÉS**  
Gerente General

Proyectó: Claudia Soto – Asesora SEA   
Revisó: Andrea Ortigón – Asesora SEA   
Martha Rojas – Asesora Jurídica Gerencia General   
SIG Fm-07