



Para contestar cite:
Radicado INCO No.: 20101000074751



Fecha: 08-06-2010

Bogotá D.C.

Señores
PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN
Atn. Dra. María Eugenia Carreño Gómez
Procuradora Delegada
Carrera 5 No. 15-80 Piso 17
Bogotá D.C.

REQUERIDO GRUPO
CORPORATIVO
CORPORATIVO

2010 JUN - 8 P 3:55

PROCURADURIA
GENERAL DE LA NACION

REFERENCIA: Licitación Pública No. SEA-LP-001-2010 – Sector 3 Ruta del Sol.

Apreciada doctora:

Nos referimos a su comunicación del 4 de junio de 2010 (la "Comunicación") mediante la cual nos solicita explicaciones relativas al proceso licitatorio de la referencia (la "Licitación"). Sea lo primero agradecer su interés y recomendaciones en torno a la gestión contractual del INCO y en desarrollo de la voluntad de la entidad de trabajar de manera coordinada con el Ministerio Público (la "Procuraduría") nos permitimos efectuar las aclaraciones solicitadas en la Comunicación en relación con la Licitación:

1. CUANTIFICACIÓN DE LOS RIESGOS – OBLIGACIÓN DE PUBLICAR.
 - 1.1. Señala la Comunicación, que el INCO ha debido cuantificar los riesgos y publicar tal cuantificación en el pliego de condiciones a fin de que los proponentes e interesados pudieran contar con dicha información.
 - 1.2. En relación con este particular asunto, el INCO considera que ha cumplido con su obligación legal en debida forma y sus actuaciones se han ajustado a los mandamientos legales.
 - 1.3. El INCO llevó a cabo la tipificación y asignación de los riesgos del proyecto Ruta del Sol 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

Marisol
1 junio 8.10



Para contestar cite:

Radicado INCO No.: 20101000074751



Fecha: 08-06-2010

efecto económico de su ocurrencia, podrá o no alterar la ecuación financiera del contrato, según la asignación efectuada.

- 1.4. 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 previsible y cuantificables del proyecto ya que tal ejercicio se lleva a cabo para efectos de determinar el valor 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 previsible 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. 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.
- 1.5. 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."*). (se subraya)).
- 1.6. De lo anterior se desprende claramente que:
- 1.6.1. 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,



Para contestar cite:

Radicado INCO No.: 20101000074751



Fecha: 08-06-2010

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.
- (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.

1.6.2. 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, razonablemente posible, conforme a los principios generales de asignación de riesgos consistente en asignarlo a la parte que está en mejor condición de manejarlos.

1.6.3. 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.

1.6.4. En efecto, es obligación de los interesados evaluar la totalidad de obligaciones y riesgos incluidos en el contrato y la presentación de

[Handwritten signatures and initials]



Para contestar cite:
Radicado INCO No.: 20101000074751



Fecha: 08-06-2010

la propuesta implica la asunción de los mismos, de acuerdo con los numerales 1.9.2 y 1.8.3. del pliego de condiciones. Así mismo el numeral 14.01 (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.

1.6.5. 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.

1.6.6. 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"

1.7. Ahora bien, teniendo en cuenta que el proyecto vial Ruta del Sol Sector 3 (el "Proyecto") es una concesión, el INCO debe ajustarse a las disposiciones previstas en la ley para contratos de concesión.

1.8. 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 e incluso señala que tal estimación no se ha efectuado.

1.9. En este mismo sentido, 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 asignarlos, el efecto económico de su ocurrencia, aunque sí es determinado por la entidad para su modelo financiero, podrá o no alterar la ecuación financiera



Para contestar cite:
Radicado INCO No.: 20101000074751



Fecha: 08-06-2010

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.

- 1.10. 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.
- 1.11. 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 el análisis de riesgos significa publicar la información del modelo financiero del proyecto.
- 1.12. 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 asumirlos 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.
- 1.13. 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



Para contestar cite:
Radicado INCO No.: 20101000074751



Fecha: 08-06-2010

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.

- 1.14. 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.
- 1.15. 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.
- 1.16. Por último, vale la pena resaltar que para el Sector 3, así como se realizó para los sectores 1 y 2, la tipificación y asignación de todos los riesgos fue realizada por el INCO y certificada por la Oficina de Planeación del Ministerio de Transporte mediante comunicación 2010-210045131 de 12 de febrero de 2010, publicada en los Estudios Previos y ampliamente discutida con los interesados en la Audiencia de Riesgos, que se celebró en estricto cumplimiento legal.

[Handwritten signature]



Para contestar cite:

Radicado INCO No.: 20101000074751



Fecha: 08-06-2010

- 1.17. 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 2-2010-004712 de 22 de febrero de 2010 de acuerdo con la Ley 448 de 1998 y el Decreto 423 de 2001 y publicada en el Cuarto de Información de Referencia del Proyecto.
- 1.18. 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, se ha cumplido con la obligación legal en debida forma y se están protegiendo los intereses del Estado.
2. CUPO DE CRÉDITO EN FIRME.
- 2.1. Señala la Comunicación que el INCO no atendió la sugerencia de la Procuraduría de exigir un cupo de crédito específico para el Proyecto.
- 2.2. Sobre el particular asunto, el INCO, respetuosamente, aclara que en efecto atendió la sugerencia de la entidad y efectuó la modificación respectiva mediante Adenda No. 5 a los pliegos de condiciones de la Licitación (los "Pliegos").
- 2.3. En efecto, mediante Adenda 5 que se cita en la Comunicación, se incluyó en el texto de los literales (a) y (b) del numeral 3.8.1. de los Pliegos lo siguiente: "para el desarrollo del Contrato de Concesión" luego de la expresión "cupo de crédito en firme". De esta manera lo que se solicita a los proponentes es que presenten un cupo de crédito en firme para el desarrollo del Contrato de Concesión. De manera consistente, mediante Adenda No. 5 se modificó el Formato 5 que contiene el modelo del cupo de crédito de manera que quedara claro que el mismo estaba dirigido de manera exclusiva a la licitación y al proyecto. El texto del Formato 5 expresamente señala hoy en día: "(...) tiene con nuestra entidad, un cupo de crédito por valor de (\$) _____ (valor en números y letras) para la Licitación SEA-LP-001-2010 abierta por el Instituto Nacional de Concesiones INCO, que tiene por objeto "el otorgamiento al Concesionario de una concesión para que realice por su cuenta y riesgo, las obras necesarias para la construcción, rehabilitación, ampliación y mejoramiento, la preparación de los estudios definitivos, la gestión predial, social y

Handwritten signature and initials in the bottom left corner.



Para contestar cite:

Radicado INCO No.: 20101000074751



Fecha: 08-06-2010

ambiental, la obtención y/o modificación de licencias ambientales, la financiación, la operación y el mantenimiento de las obras en el Sector comprendido entre San Roque – Ye de Ciénaga y Carmen de Bolívar – Valledupar, denominado Sector 3 del Proyecto Vial Ruta del Sol.”.

2.4. Vale la pena precisar que conforme a lo señalado en el numeral 1.4. literal (o) de los Pliegos, Contrato de Concesión como término definido tiene el siguiente significado: “Contrato” o “Contrato de Concesión”. Es 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. La minuta del Contrato se anexa a estos Pliegos como Anexo 1.”.

2.5. De lo anterior se desprende que al utilizar este término con mayúscula inicial en el numeral 3.8.1. de los Pliegos se está haciendo referencia a que el Cupo de Crédito es específico a la ejecución del Contrato de Concesión del Sector 3 es decir al Proyecto, tal como lo sugirió la Procuraduría. Tal modificación es reiterada, como se señaló anteriormente, con el ajuste al Formato 5 (que es en últimas el documento que entregarán los proponentes), en la medida es que no sólo se refiere a la Licitación de manera específica, sino que además ata la vigencia de la misma a la aprobación por parte del INCO del cierre financiero que presente el concesionario en desarrollo del Contrato de Concesión.

2.6. Por las anteriores consideraciones, el INCO reitera a la Procuraduría que, en relación con este punto en particular, la entidad sí incorporó la sugerencia efectuada.

3. REQUISITOS DEL NUMERAL 3.2. DE LOS PLIEGOS.

3.1. En relación con la eliminación del numeral 3.2. de los Pliegos, la explicación que extraña la Procuraduría fue radicada en esa entidad el viernes 4 de junio de 2010.

3.2. Esperamos por lo tanto que las aclaraciones efectuadas hayan sido suficientes y completas para la Procuraduría.

4. EXTENSIÓN DEL PLAZO DE LA LICITACIÓN.

(Handwritten signatures and initials)



Para contestar cite:

Radicado INCO No.: 20101000074751



Fecha: 08-06-2010

- 4.1. En relación con la extensión del plazo de la Licitación, el artículo 30 numeral 5 de la Ley 80 de 1993: "(...). Cuando lo estime conveniente la entidad interesada o cuando lo soliciten las dos terceras partes de las personas que hayan retirado pliegos de condiciones o términos de referencia, dicho plazo se podrá prorrogar, antes de su vencimiento, por un término no superior a la mitad del inicialmente fijado."

De conformidad con lo previsto en los Pliegos, el plazo de la Licitación inicialmente fijado era hasta el 10 de mayo de 2010. Atendiendo la solicitud de la Procuraduría efectuada el día 20 de mayo, mediante Adenda 5 de esa misma fecha, el INCO amplió la fecha de cierre hasta el 8 de junio de 2010, lo que implica que el plazo de la Licitación se ha prorrogado hasta el límite previsto en la ley arriba citada.

- 4.2. Por lo anterior, en atención al pedido de la Procuraduría, INCO decidió, conforme a lo dispuesto en el artículo 5 parágrafo 1 del Decreto 2474 de 2008, suspender el plazo de la Licitación por dos (2) días a fin de reanudarla el 10 de junio de 2010.

Esperamos que las aclaraciones suministradas sean ilustrativas para la Procuraduría. Estaremos a entera disposición para aclarar dudas adicionales.

Atentamente,


JULIO CESAR ARANGO GARCÉS
Gerente General

Proyectó: I.F.C.

Revisó: Dra. Martha Rojas Castellanos – Asesora Jurídica Gerencia General
Dra. Ruby Ramirez – Coordinadora Grupo Defensa Judicial Doctrina y Conceptos
Vo.Bo. Dr. Dionisio Barrios Osorio - Subgerente de Estructuración y Adjudicación (E)