

El revelador Institucional. Boletín No. 30 de la Oficina de Control Interno

Diego Orlando Bustos Forero

Lun 01/09/2014 5:49 p.m.

Bandeja de entrada

Para: ANI <ANI@ani.gov.co>;



CONTROL DE RIESGOS EN LAS CONCESIONES DE 4G.

INTRODUCCIÓN.

El Artículo 3 del Decreto 1510 de 2013 define el riesgo como: *“un evento que puede generar efectos adversos y de distinta magnitud en el logro de los objetivos del Proceso de Contratación o en la ejecución de un Contrato (sic)”*. Esta definición aplicada en presupuestos como el de la ANI, coloca en primera línea de defensa de las finanzas públicas, la necesidad de afinar los controles que sobre los riesgos se tienen, a fin de evitar su materialización.

Es por lo anterior que, en esta edición del Revelador Institucional, la Oficina de Control Interno realiza una descripción de la normatividad asociada a riesgos contractuales en contratos de concesión, una reseña del avance en la distribución de riesgos contractuales, una aproximación a los riesgos asumidos por la ANI en los contratos de 4G y propone actividades de control que podrían ayudar a evitarlos.

LA NORMATIVIDAD DE LOS RIESGOS EN CONTRATOS DE CONCESIÓN.

El marco normativo que regula los riesgos en los contratos estatales, especialmente en los de obra pública y concesión se encuentra conformado por los siguientes preceptos:

- Ley 80 de 1993: El Art. 32 establece que el contrato de concesión es por cuenta y riesgo del concesionario.
- Ley 1150 de 2007: El Art. 4 determina que los pliegos de condiciones deberán incluir la estimación, identificación y asignación de los riesgos previsibles involucrados en la contratación.
- Ley 1508 de 2012: Establece como principio general de las APP la eficiente asignación del riesgo y exige como requisito indispensable para abrir procesos de selección la adecuada identificación, estimación y asignación de los riesgos, así como las posibles contingencias y la respectiva matriz de riesgos asociados al proyecto.
- Decreto 1467 de 2012: El Art. 35 establece que la entidad estatal competente es la responsable de la

Identificación, estimación y asignación de los riesgos que se puedan generar en los proyectos de APP.

- Decreto 1510 de 2013: El Art. 17 establece que la entidad debe evaluar el riesgo que el proceso de contratación representa de acuerdo con los manuales y guías que expida Colombia Compra Eficiente. El Art. 20 ratifica como paso previo de la contratación el análisis de riesgos y el Art. 22 incluye la asignación de riesgos dentro de los contenidos mínimos de los pliegos.
- CONPES 3107: Política de manejo de riesgo contractual del Estado en procesos de participación privada en infraestructura.
- CONPES 3133: Modificaciones a la política de manejo del riesgo contractual del Estado para procesos de participación privada en infraestructura establecida en el documento CONPES 3107.
- CONPES 3714: Del riesgo previsible en el marco de la política de contratación pública.
- CONPES 3760: Proyectos viales bajo el esquema de asociaciones público privadas: cuarta generación de concesiones viales. Entre otros aspectos, muestra los lineamientos de la política de riesgos en las concesiones de 4G.

LÍMITES A LA DISTRIBUCIÓN DE RIESGOS. (TORRES Villalobos, 2013)

La distribución de riesgos, establece que es imposible el traslado de riesgos imprevisibles, el de regulación y las responsabilidades de exclusiva competencia y resorte del Estado en su calidad de gestor de la infraestructura del sector de transporte.

Es claro que la contratación estatal en virtud del desarrollo de los principios previstos en la Ley 80 de 1993 no permite el establecimiento de riesgos o contingencias inciertas; por el contrario, en virtud de la aplicación taxativa de los artículos 24 y 25 de la Ley 80 de 1993, las prestaciones y alcance contractual de las obligaciones de las partes deben estar claramente establecidas desde los pliegos de condiciones, como un requisito legal de la carga de claridad que en ellos deben establecer las entidades públicas. Éste aspecto fue posteriormente ratificado por la Ley 1150, que estableció que los únicos riesgos trasladables dentro del contrato estatal, son los denominados riesgos previsibles, estableciendo para los efectos, que la identificación, determinación, estimación y cuantificación de los riesgos previsibles, así como el soporte de los mismos haría parte de los estudios previos; debiendo, por tanto, la entidad pública cumplir con la misma carga de claridad, determinación, y demás responsabilidades frente a los mismos.

Es posible trasladar algunos riesgos al contratista o al concesionario; no obstante, se deben tener claridad de criterios al momento de determinar cuáles son trasladables y cuáles no.

Por lo anterior, si bien la voluntad de los contratantes permite el traslado de unos riesgos, como ya se explicó, existen algunos riesgos que son naturalmente intrasasables o intransferibles:

“(...) es preciso concluir que no es posible trasladar al contratista aquellos riesgos no cuantificables o que no sean medibles o definibles (riesgo por cambio legislativo, fiscal, ambiental. Imprevisión, etc.), pues por ese sólo hecho se convertiría la naturaleza del contrato en aleatorio (la incertidumbre de la ganancia o pérdida es la característica esencial de este tipo de contratos artículo 1498 Código Civil)”

Ahora bien, la Doctrina en general es unívoca al señalar que la ecuación económica contractual nace al momento de la celebración del contrato y en ella se incluyen los riesgos -Aspecto que no precisa discusión alguna, pues la doctrina y la jurisprudencia así lo han entendido-, los cuales son trasladados al Concesionario en virtud de los pliegos de condiciones; no obstante lo anterior, como se ha señalado, el traslado de los riesgos. al igual que toda la ejecución del contrato, deben ajustarse a la legislación vigente, pues de realizarse un traslado de obligaciones de manera ilimitada, el mismo sería ineficaz pues desconocería la prohibición legal prevista en la Ley 80 de 1993, de incluir o aceptar en los contratos estatales obligaciones de carácter ilimitado.

En resumen, para que un riesgo pueda ser asignado deben tenerse en cuenta los siguientes principios:

- Se asigna a la parte que está en mejor posición y capacidad de soportarlo, manejarlo, gestionarlo,

controlarlo, mitigarlo y administrarlo.

- Se puede transferir siempre y cuando el nivel de calidad de información y detalle sea suficiente; por ello es tan importante el ejercicio de estimación.
- Se debe tener en cuenta la capacidad que debe tener el Contratista para soportar el riesgo.
- El riesgo debe estar plenamente delimitado, es decir deberá identificarse y cuantificarse siguiendo las previsiones legales.
- Por oposición a lo anterior, no podrán asignarse los riesgos no previsibles, o sea cualquier riesgo del cual no sea posible su identificación y cuantificación de manera previa a la contratación. Tampoco serán riesgos previsibles: Los incumplimientos de cualquiera de las partes, las circunstancias objeto de la “Teoría de Imprevisión”, “Ius Variandi”, actos de la entidad contratante, ni los “Hechos Del Príncipe”.

EVOLUCIÓN DE LA DISTRIBUCIÓN DE RIESGOS EN LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN DE LA ANI.

Durante los 16 años que transcurrieron aproximadamente entre los contratos de primera y tercera generación, no pocos fueron los cambios que en distribución de riesgos se suscitaron. En la siguiente tabla se expresa de modo sucinto dicha evolución:

RIESGO	PRIMERA GENERACION		SEGUNDA GENERACION		TERCERA GENERACION	
	CONCESIONARIO	INCO	CONCESIONARIO	INCO	CONCESIONARIO	INCO
CONSTRUCTIVO	X (1)	X	X (3)		X	
TRAFICO		X (2)	X		X	
TARIFA DE PEAJES		X		X		X
PREDIOS		X		X	GESTION	X
LIC. AMBIENTALES		X		X	GESTION	X
TRIBUTARIOS	X		X		X	
CAMBIARIO	X		X		X	
FUERZA MAYOR (NO ASEGURADO)		X		X		X
FUERZA MAYOR (ASEGURADO)	X		X		X	
FINANCIACION	X		X		X	
1 - El concesionario asume parcialmente riesgo de mayores cantidades de obra						
2 - Tráfico máximo y mínimo aportante						
3 - El INCO asume únicamente el riesgo geológico						

Tabla 1. Evolución de la asunción de riesgos en los contratos de concesión de la ANI. (IBAÑEZ Parra, 2013)

La aceptación de riesgos por parte del privado finalmente representa un voto de confianza en el Estado Colombiano, el cual demuestra una estructura política estable, mercados financieros robustos, marco legal bien definido y buenos niveles de acceso a la información, lo que permite que no solo empresas nacionales, si no también multinacionales hagan parte de la transformación de la infraestructura vial colombiana en todos los modos, que es lo que estamos viviendo hoy por hoy.

PERSPECTIVAS DE CONTROL DE RIESGOS EN LAS CONCESIONES DE 4G.

La teoría clásica del riesgo expone que se debe transferir el riesgo a la parte que esté en mejor posición de controlarlo, pero controlarlo puede tener muchas variables, entre ellas, las previstas en el CONPES 3714, que

bien pueden consistir en diferentes actividades o actuaciones por parte de quien lo asume –ya sea mitigarlo, solucionarlo, evitarlo, compararlo- pero el control no elimina del todo la posibilidad de que acaezca. Tampoco es posible que arraigado el riesgo en cabeza del concesionario, el estado se permita el lujo de no controlar las principales variables que en cierran su materialización.

En lo que respecta a las concesiones de 4G, la transferencia de riesgos hacia el privado continúa. Esto debido a que asume los riesgos prediales, ambientales y de redes, los cuales hasta la 3G habían sido responsabilidad del contratante, Lo anterior exceptuando el 70% de los sobrecostos, si el valor predial se encuentra entre el 120% y el 200% del valor estimado o la totalidad del valor por encima del 200% del valor predial estimado. Dicha asunción no se da sin justa causa, puede decirse que es el resultado de la adopción de herramientas importantes como la Ley de Infraestructura (1682 de 2013), la cual garantizó mecanismos más expeditos para la gestión predial y ambiental de proyectos de infraestructura en la nación.

En todo caso, le corresponde a la ANI el control aproximado de 20 riesgos que se encuentran en las siguientes áreas:

Área	Riesgos públicos
Predial	1
Ambiental y Social	4
Redes	1
Diseño	2
Comercial	2
Financiero	1
Regulatorio	3
Fuerza mayor	6
Total riesgos	20

Como se puede ver en la tabla anterior, las dependencias competentes deberán generar mecanismos de seguimiento estricto sobre los riesgos asociados a los conceptos y áreas de Fuerza Mayor, tanto como la Ambiental y Social, por cuanto entre las dos representan el 50% de los riesgos asumidos por la entidad. Por otra parte, deben implementarse controles especiales sobre los riesgos de sobrecostos por adquisición predial y por compensaciones socio-ambientales, dado que presentan en la matriz de riesgos de las 4G, probabilidades e impactos frecuentes, clasificándolos como de alta exposición para la entidad.

Por lo tanto, y en aras de concluir esta aproximación, es necesario que la entidad a fin de evitar la materialización de riesgos a su cargo, avoque acciones como por ejemplo:

- ▲ Crear un Banco de Experiencias (lecciones aprendidas) para los eventos eximentes de responsabilidad, caracterizarlos, identificar sus causas y generar controles sobre las mismas.
- ▲ Generar controles de tiempos y seguimientos a las gestiones de licencias ambientales realizadas por el concesionario.
- ▲ Generar controles de tiempos y seguimientos a las gestiones de consultas previas realizadas por el concesionario, sobre todo en lo relativo a la identificación de los colectivos indígenas y demás grupos étnicos.
- ▲ Controlar las interacciones del concesionario con entes territoriales, empresas de servicios públicos y demás actores propietarios de redes, a fin de que la ANI pueda intervenir en caso de demoras o falta de gestión.
- ▲ Prever dentro de las gestiones de licenciamiento ambiental todas y cada una de las posibles afectaciones a fin de analizar de manera completa las mejores alternativas de mitigación.
- ▲ Verificar que los estudios técnicos para ubicación de casetas de peaje posean la idoneidad que permita identificar los posibles efectos desfavorables de su localización.
- ▲ Establecer una metodología de verificación en las valoraciones de las compensaciones sociales que reporta el concesionario.
- ▲ Controlar, con carácter selectivo, los avalúos prediales, toda vez que el buen criterio de estos define en gran proporción los costos prediales de los proyectos.

Bibliografía

IBAÑEZ Parra, O. (2013). La evolución de la cláusula de "riesgo y ventura" en los contratos de concesión en Colombia. *La evolución de la cláusula de "riesgo y ventura" en los contratos de concesión en Colombia*. (pág. 45). Bogotá D.C.: Universidad del Rosario.

TORRES Villalobos, P. E. (2013). *La distribución de riesgos en el contrato de concesión de infraestructura de transporte - Sector Vial - como consecuencia de la expedición de la Ley 1150 de 2007 - Años 2009 y 2010*. Bogotá D.C.

Con un muy cordial saludo,

Diego Orlando Bustos Forero
Jefe Oficina de Control Interno
Agencia Nacional de Infraestructura

Diego Orlando Bustos Forero



PBX: 571 - 3791720 Ext:

Calle 26 Nro. 59 - 51 Edificio T4, Piso 2

Bogotá D.C. – Colombia - www.ani.gov.co



Por favor piense en el medio ambiente antes de Imprimir este correo

La información contenida en este correo electrónico es propiedad de la Agencia Nacional de Infraestructura.: es confidencial y para uso exclusivo de el (los) destinatario(s) / Si ha recibido este mensaje por error, por favor notifíquesele inmediatamente al remitente: no copie, imprima, distribuya ni difunda su contenido. Las opiniones, conclusiones e informaciones que no estén relacionadas directamente con el negocio de la Agencia Nacional de Infraestructura. deben entenderse como personales y no están avaladas por la compañía.