

Diciembre 1 de 2010

Señores

TRANSCARIBE

Crespo Carrera 5 Calle 67 No. 66-91. Edificio Eliana  
Cartagena

Referencia: Licitación Pública TC-LP-005 de 2010. Audiencia de Riesgos

A continuación, pasaremos a exponer algunas consideraciones en relación con la matriz de riesgos del proceso licitatorio de la referencia.

#### I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES SOBRE LA REGULACIÓN DE LOS RIESGOS EN LOS CONTRATOS ESTATALES:

El Decreto 2474 de 2008, establece en el inciso tercero del artículo 88, que “(...) *El riesgo será previsible en la medida que el mismo sea identificable y cuantificable por un profesional de la actividad en condiciones normales. (...)*”

En consecuencia, las entidades estatales contratantes tienen la obligación de identificar, estimar y cuantificar los riesgos previsible involucrados, a discutirlos con los potenciales proponentes y luego incluirlo en los Pliegos de Condiciones y en el futuro Contrato.

Del estudio de la norma y sus antecedentes, se desprende la intención del legislador de que las entidades públicas realicen una labor de identificación, estimación, valoración y cuantificación con el mayor nivel de precisión posible de los riesgos que es razonable prever que puedan presentarse en la ejecución de un contrato.

Por lo tanto, no es suficiente que en los Pliegos se identifiquen conceptos o categorías genéricas de riesgo, sino que la entidad pública debe definir y especificar esas categorías llevándolas al máximo nivel posible de detalle, de manera tal que se identifiquen los eventos, hechos y circunstancias que puedan llegar a generar algún riesgo para las partes contratantes. La responsabilidad de las entidades públicas, no se agota con la sola identificación de los riesgos, sino que además en cada caso se requiere también estimarlo.

identificación de los riesgos, sino que además en cada caso se requiere también estimarlo.

Del análisis del término “cuantificar”, que según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, significa “*Expresar numéricamente una magnitud*”, y de los antecedentes de la norma, se deduce que esta acción implica, por un lado, analizar la probabilidad de ocurrencia de cada uno de los riesgos identificados y por otro, determinar el valor económico o las eventuales consecuencias económicas que se derivarían para las partes si ocurriera el riesgo.

A este respecto, la Procuraduría General de la Nación, se manifestó con ocasión de la licitación para el tercer canal de televisión de la siguiente manera:

*“(...) para las respuestas entregadas por la Comisión Nacional de Televisión frente a las observaciones e inquietudes expresadas por los Organismos de Control y por los interesados en el proceso, las mismas siguen sin resolver de fondo algunos aspectos (1. Cuantificación riesgos previsibles de la contratación, frecuencias, transición red analógica a red digital, entre otros.) Esto no sólo genera incertidumbre en la futura ejecución del contrato, que puede afectar la ecuación financiera del mismo, sino que incide directamente en el panorama de riesgos de la contratación (2. Artículos 4 de la ley 1150 de 2007 y 88 del decreto 2474 de 2008), pues impide la estimación y distribución cuantitativa de algunos de ellos”<sup>1</sup>*

Por consiguiente, la sola tipificación y asignación de un determinado riesgo sin la cuantificación previa de sus efectos económicos, además de ser ineficaz, da lugar a que si el proponente presenta una propuesta, estaría efectuando un ofrecimiento de extensión ilimitada, lo cual está expresamente prohibido en el artículo 24, numeral 5, literal e) de la Ley 80 de 1993.

Adicionalmente, las entidades públicas deben evitar incluir en las matrices de riesgos de los contratos la asignación de riesgos por aleas anormales o extraordinarias a los contratistas, ya que esto sería a todas luces ilegal.

En efecto, el artículo 88 del Decreto 2474 de 2008, establece claramente la conformación de la ecuación contractual, al regular la determinación de los riesgos previsibles.

Es así como de acuerdo con las normas pertinentes, la ecuación económica implica que el contratista en la ejecución del contrato, solo deberá responder por el

---

<sup>1</sup> Comunicación No. 330443/09 del 07 de enero de 2010:

cumplimiento de sus obligaciones, por el alea ordinaria de la ejecución del contrato y por los riesgos tipificados, estimados, cuantificados y asignados, que a partir de esa determinación harán parte de la ecuación contractual.

Si varía la obligación original, o el alea deja de ser normal u ordinaria, o si el riesgo asignado, valorado y cuantificado, supera las cuantías establecidas en su valoración y cuantificación previas, se configurará el desequilibrio económico y el derecho a reclamar el restablecimiento a favor del contratista.

El artículo 4 de la Ley 1150 de 2007, limita los riesgos a aquellas circunstancias que de presentarse durante el desarrollo y ejecución del contrato, tienen la capacidad de desequilibrar el contrato. Por supuesto, la ley en este caso, se está refiriendo a aleas extraordinarias, pues las ordinarias no tienen dicha vocación.

## II. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA MATRIZ DE RIESGOS DE LA LICITACIÓN PÚBLICA TC-LPN-005 DE 2010:

En la matriz de riesgos expedida por Transcribe, se le está asignando al concesionario, unos riesgos que son ilimitados e imprevisibles, desconociendo de esta forma el principio de equilibrio económico, es decir de darse los anteriores eventos se estaría en presencia de la teoría del “Hecho del Príncipe” y/o “Teoría de la Imprevisión”, según sea la entidad que profiera el acto, y por lo tanto los riesgos deben ser asumidos por el Estado, ya que son circunstancias que afectarían la ecuación contractual del contrato por hechos ajenos al contratista.

Si bien es cierto que las partes tienen la facultad de distribuir entre ellos los riesgos del contrato, es más cierto aún que por medio de acuerdos celebrados entre el contratista y la administración no se podrá atentar contra los principios consagrados tanto en la Constitución Nacional (“C.N.”) como en la misma Ley 80 de 1993, dado su carácter de normas de orden público.

En efecto, en relación con el tema en estudio, las mismas establecen la protección al patrimonio (art. 58 C.N.), la igualdad ante las cargas públicas (art. 13 C.N.), el derecho del contratista de solicitar el restablecimiento del equilibrio económico del contrato cuando el mismo se ve roto por causas ajenas, imprevistas e imprevisibles, etc. Ello implica que no podrán trasladarse al contratista aquellos riesgos ilimitados, toda vez que, en su condición de colaborador del Estado, no puede arriesgar su patrimonio y exponerlo a contingencias que no pueda prever en su oferta, pues con ella estaría en posición de soportar una carga pública adicional, la cual no está llamado a soportar (art. 13 C.N.). Así mismo, porque ello desnaturalizaría el contrato convirtiendo al mismo en aleatorio.

Adicionalmente, se encuentra que en la matriz de riesgos que presenta Transcaribe, no se realiza la estimación de los riesgos en la manera que la ley lo determina, ya que los criterios de estimación expuestos únicamente hacen una valoración cualitativa, cuyo parámetro es absolutamente objetivo y queda al arbitrio de la administración su evaluación, y por lo tanto, no le otorga a los proponentes y eventual contratista certeza sobre el alcance de las consecuencias económicas que podría tener la ocurrencia de alguno de los riesgos planteados.

Se considera que los términos “alto”, “medio” y “bajo” son términos que no se corresponden con la definición de la palabra “cuantificar” antes anotada, ya que a todas luces, carecen de la concreción y expresión numérica necesaria para que los proponentes puedan hacer un estudio real de los riesgos que asumen.

En conclusión, se considera que la falta de una escala con valores numéricos implica un incumplimiento por parte de Transcaribe de su responsabilidad en cuanto a la regulación de los riesgos en los contratos estatales.

Por último, es de suma importancia recordar que los lineamientos de asunción del riesgo planteados en los Documentos Conpes 3107 y 3133 de 2001 y tomados como modelo para establecer la matriz de riesgos del contrato de recaudo del Sistema Transcaribe, parten de los siguientes criterios:

- (i) Corresponde a las entidades estatales asumir los riesgos propios de su carácter público y del objeto social para el que fueron creadas o autorizadas, y a los contratistas, aquellos riesgos determinados por el objeto que persiguen en el cumplimiento de su actividad.
- (ii) Una asignación adecuada de los riesgos es aquella que minimiza el costo de su mitigación. Esto se logra asignando cada riesgo a la parte que mejor lo controla.
- (iii) Según las particularidades de cada riesgo, las partes están en capacidad de establecer los mecanismos de mitigación de su impacto y de cobertura, así como su asignación a los distintos agentes involucrados.
- (iv) Los principios básicos de asignación de riesgos parten del concepto que estos 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 de diversificación.

### III. COMENTARIOS A ALGUNOS DE LOS RIESGOS ASIGNADOS AL CONTRATISTA EN LA LICITACIÓN PÚBLICA TC-LPN-005 DE 2010:

#### A. RIESGOS DE DEMANDA

En la Matriz de Riesgos, el literal A, le asigna el riesgo de demanda al concesionario, y se expone como evento la Variación de la Demanda por externalidades como la variación por preferencias del consumidor. Se considera que este riesgo debe ser asumido por Transcribe, teniendo en cuenta que el concesionario no es el responsable del 100% por el Sistema de Transporte. Por lo tanto, si se generan fallas en los buses, si se hace una ineficiente programación en las rutas, si la flota de buses es insuficiente o si se presenta incumplimiento en las rutas y en los demás elementos que puedan disminuir la demanda por efectos de un servicio insuficiente, estos elementos no están dentro del ámbito de control del concesionario, sino que son responsabilidad del ente gestor, Transcribe.

El otro evento que expone la Matriz es la variación de la demanda por el uso de medios de transporte alternativos, informales o no regulados. Es claro que uno de los factores que pueden influir en la demanda del Sistema, es la existencia o no de transporte público prestado por buses tradicionales, que transiten por las mismas rutas por las que se mueven los buses del Sistema, o que movilizándose por otras rutas, puedan constituir una competencia directa con éste, de manera tal que los dos sistemas, el de transporte masivo, y el tradicional tuvieran que entrar a competir por los mismos pasajeros. Igualmente ocurre con el transporte ilegal o "pirata" cuya afluencia bajo la modalidad del "moto-taxi" en la ciudad de Cartagena es una realidad innegable.

La erradicación o reglamentación de esta competencia entre los dos sistemas de transporte que van a empezar a convivir, depende de decisiones que única y exclusivamente puede tomar la administración de la ciudad de Cartagena, a través de la autoridad de tránsito y transporte, quien por ley es la única autorizada para hacerlo, y quien cuenta con los instrumentos legales como la fuerza policiva y sancionatoria para hacer cumplir esta decisión.

Igualmente, en ciudades como Cali y Pereira, donde se encuentran en funcionamiento sistemas masivos de transporte, se ha evidenciado que el mototaxismo compite con los sistemas masivos, y en este caso, únicamente las

autoridades de tránsito y de policía son las llamadas a regular y controlar este fenómeno.

Adicionalmente, frente al evento señalado como eficiencia en la operación y en el servicio, se solicita a Transcaribe explicar más ampliamente este evento, ya que es obvio que el concesionario de recaudo debe aceptar las fallas del servicio que son de su directa responsabilidad, pero en el caso de que se presenten deficiencias de tipo general del sistema de transporte, el riesgo se debe trasladar a Transcaribe, teniendo en cuenta que el ente gestor es quien puede planear, organizar, controlar a los operadores de transporte.

Este riesgo puede ser controlado por Transcaribe y no por el concesionario de recaudo. En consecuencia este riesgo debe ser trasladado a la entidad.

Asignar al contratista el riesgo de demanda en los eventos señalados implica asumir que éste podría adjudicarse las potestades que únicamente pueden ejercer la autoridad de tránsito y transporte y la policía, así como desconocer el objeto social que tiene cada una de las entidades de la administración en cuanto a la regulación y control de la prestación de los servicios públicos.

Por lo expuesto, se evidencia que asignar el riesgo de variación de la demanda al contratista no se aviene con los principios establecidos para la repartición de riesgos, ya que se estaría desconociendo las funciones propias de las entidades públicas y que los factores que influyen en el aumento o disminución del número de pasajeros depende de circunstancias y de la toma de decisiones que de ninguna manera está en capacidad de controlar el contratista, quien no puede administrarlos ni controlarlos.

Por último, en virtud de todo lo expuesto, se sugiere respetuosamente a Transcaribe que el riesgo de la demanda no sea asumido por el concesionario y que exista un compromiso de la entidad frente a los siguientes puntos:

- (i) Se utilicen los modelos de recaudo que utilizan los concesionarios de vías como peajes, donde el estado garantiza un mínimo.
- (ii) Considerar que en las concesiones de operación de transporte de pasajeros (operadores de los buses) se les da una garantía en el mínimo de los kilómetros a recorrer

## B. RIESGO POLÍTICO

No pueden ser trasladables al contratista los perjuicios derivados del riesgo político, consistente en la nacionalización de sectores de la economía, expropiación de bienes, limitación o variación sustancial en los derechos de remitir utilidades al exterior o repatriar capitales, revocación unilateral de contratos celebrados con empresas extranjeras.

Esto debido a que los hechos que componen este riesgo dependen de determinaciones del Estado que constituyen Hechos del Príncipe, el cual, según la doctrina, se define como *“(...) una conducta legítima imputable al Estado en ejercicio de sus poderes normativos de intervención en la sociedad y en la economía, que incide indirecta y reflejamente en la igualdad o equivalencia entre los derechos y obligaciones surgidos al momento de la celebración del contrato, sin que pueda calificarse esta actuación como un incumplimiento o violación del contrato por parte de la entidad pública. De ahí que el factum principis es una modalidad de responsabilidad extracontractual, en razón a que el daño antijurídico sufrido por el contratista no se deriva del incumplimiento de las obligaciones a cargo de la Administración Pública, como es propio de la responsabilidad contractual, sino de las actuaciones legítimas del Estado no como partes del contrato, sino en ejercicio de sus poderes normativos de intervención.”*<sup>2</sup>

Todo lo anterior, entendiendo que las variaciones anotadas, siempre provienen de las potestades que puede ejercer el Estado Colombiano. Y teniendo en cuenta que Transcaribe es una entidad estatal, es inevitable concluir que es ella quién puede mitigar de forma más eficiente los riesgos que deriven por acciones del Estado, dando cumplimiento de esta forma al principio rector que reza que *“el riesgo lo asumirá la parte que este mejor preparada para administrarlo y mitigar sus efectos”*.

De ser asignados estos riesgos al concesionario, se estaría incurriendo en una incoherencia, debido a que en la determinación que se hace sobre el riesgo regulatorio, se señala que todos los riesgos se asignan a Transcaribe, salvo aquellos que se deriven del Hecho del Príncipe.

---

<sup>2</sup> Rodrigo Escobar Gil, Teoría General de los Contratos de la Administración Pública, Editorial Legis, primera edición, 1999. Pág. 491.

**C. RIESGO REGULATORIO Y TRIBUTARIO:**

Las distintas situaciones previstas para el riesgo regulatorio y su traslado integral al concesionario, especialmente las concernientes a los cambios regulatorios, administrativos, legales, constitucionales y el riesgo tributario, pretenden un traslado desmesurado de situaciones de riesgos imprevisibles al contratista, que resulta particularmente lejano a la realización de los objetivos de las normas sobre riesgos contractuales, en la medida en que el desplazamiento generalizado de los riesgos regulatorios se constituye en un claro mensaje de inseguridad jurídica que, por demás, desconoce buena parte de las decisiones jurisprudenciales sobre estos temas.

De otra parte, la pretensión de traslado de todos los riesgos regulatorios a los concesionarios contratistas no va acompañada de ningún mecanismo de mitigación, situación que agrava la posición del particular. La inexistencia de mecanismos de mitigación resulta particularmente inconveniente en la medida en que los riesgos que se pretenden trasladar están por fuera de la órbita de acción de los contratistas dado que se trata, de situaciones que responden a potestad normativa del Estado.

**D. RIESGO DE CONMOCIÓN INTERIOR, HUELGAS Y PROTESTAS:**


A pesar de que éste riesgo es asignado a Transcaribe, se considera importante que la entidad aclare que si se presenta una disminución de la demanda por consecuencia de una huelga o protesta, la entidad asumirá esta consecuencia.

**IV. SOLICITUD:**

En virtud de lo expuesto, se solicita a Transcaribe revisar los criterios con los cuales asignó la asunción de los riesgos, y hacer una estimación cuantitativa de las consecuencias que pueden derivarse de la ocurrencia de alguno de los riesgos previstos.

Atentamente,

BRIGARD & URRUTIA ABOGADOS S.A.

  
MARIA LUISA PORTO FOX  
Asociada