

Bogotá, 17 de septiembre de 2010

Señores
TRANSCARIBE S.A.
Crespo, Carrera 5 No. 66-91 Edificio Eliana
Cartagena, Bolívar

17 SEP 2010
Fecha y Hora 02:03 pm
Firma 05 Anexos NO
AUTORIZADO PARA REVISIÓN
NO IMPLICA ACEPTACIÓN

Ref: LICITACIÓN PÚBLICA TC-LPN-002 DE 2010 DISTRIBUCION DE RIESGOS PREVISIBLES

Respetados señores,

Yo, Guillermo Ivan Llano Alzate, actuando como representante comercial de EMPRESA 1, interesada en el proceso de selección de la referencia, estando en la oportunidad legal y sin perjuicio de lo que manifieste en forma verbal en la audiencia prevista para el día 17 de septiembre de 2010, a continuación someto a consideración de TRANSCARIBE, los comentarios en relación con la distribución de riesgos previsibles consignada en el pliego de condiciones y en sus anexos así:

I. CONSIDERACIONES PREVIAS.

1. La ley 1150 de 2007, con el propósito de disminuir la litigiosidad de los contratos estatales, determinó en su artículo 4°, la obligación para todas las entidades estatales, de llevar a cabo, en forma previa a la apertura de un proceso de selección de contratistas, tipicar, estimar y asignar los riesgos previsibles que pudieran concretarse durante la ejecución del contrato que se celebre. De esta manera, los extremos de la relación contractual sabrán desde antes de presentar oferta cuáles riesgos deber soportar -si es que ocurre-, sin que ello legitime reclamación alguna, en tratándose del contratista, por cuenta de las afectaciones que sufra la ecuación económica del contrato.
2. Pero, como es apenas obvio y lo ha reconocido la doctrina autorizada,¹ la mayor asunción de riesgos por parte del contratista debe ser compensada en la remuneración ofrecida por la entidad contratante, que deberá luego de estructurar la asignación de riesgos, reflejarla en la contraprestación de forma adecuada. No se trata, desde luego, de que la entidad "prepague" los riesgos que advierte pueden tener ocurrencia, pero tampoco que traslade todos los riesgos de probable ocurrencia y alto impacto a su futuro contratista a cambio de nada.
3. Para el caso puntual de las licitaciones públicas, la norma reglamentaria de la ley 1150², determina la obligatoriedad de llevar a cabo una audiencia para revisar junto con la

¹Benavides José Luis, Riesgos Contractuales, Contratación Estatal, Estudios Sobre la Reforma del Estatuto Contractual Ley 1150 de 2007, Universidad Externado de Colombia, primera edición abril de 2009.

² Art 88 del decreto 2474 de 2008, modificado por el artículo 8 del decreto 2025 de 2009.

entidad la asignación de riesgos propuesta y adoptar la distribución definitiva. De manera que no se trata, como equivocadamente lo han entendido algunos operadores de la norma de llevar a cabo una reunión para informar los riesgos, pues de ser así ningún sentido tendría la audiencia ordenada por la ley, pues los riesgos ya están incorporados tanto en los estudios previos como en pliego de condiciones.

4. En esa medida, la audiencia está prevista para revisar, conjuntamente entre la administración y los interesados la asignación de riesgos, que seguramente con el ánimo de acertar ha preparado la entidad, lo que no significa que sea la correcta. Luego, solo de oír a los interesados y de aceptar o rechazar, de forma motivada desde luego las observaciones propuestas a este apartado del pliego, podrá adoptarse la asignación definitiva.
5. En esa medida y con fundamento en lo que se ha dejado expuesto, solicitamos respetuosamente a TRANSCARIBE, revisar las observaciones que a continuación se expondrán, así como las que se formulen de forma verbal en la audiencia, y pronunciarse en forma expresa sobre cada una de ellas, bien para aceptarlas o para desecharlas.

II. Observaciones a los riesgos tipificados, estimados y asignados por TRANSCARIBE en la licitación de la referencia.

- A. En relación con el riesgo consignado en la Matriz de Riesgos, literal A, denominado **RIESGO DE DEMANDA**, que se asigna al concesionario.

Respetuosamente consideramos que el riesgo de la demanda de pasajeros no se traslade al concesionario o que, en el peor de los casos, se defina dentro de la fórmula de distribución de los riesgos un piso y un techo para la asunción de este riesgo. La anterior solicitud se formula al amparo de los documentos CONPES que TRANSCARIBE refiere como soporte de la asignación, en especial del 3107 del 2001, que prevé que una buena asignación de riesgo será aquella en la que el riesgo, en caso de ocurrencia, se traslade a quien mejor puede mitigar o manejar su ocurrencia. En ese orden de ideas, la disminución de la demanda, que necesariamente afectaría la economía del contrato, no le puede manejar, controlar o estimular el concesionario.

- a. En relación con el riesgo consagrado en la Matriz y que se identifica como evento la **Variación de la demanda por externalidades (variación por preferencias del consumidor)**: Consideramos, con las mismas razones antes expuestas, que debe ser asumido por Transcaribe, entre otras razones por las siguientes:
 - i. El concesionario no es el responsable del 100% de la operación del Sistema de Transporte. Si se generan fallas en los buses, deterioro, inadecuada programación en las rutas, falta de buses o incumplimiento en

las rutas y horarios, todos acontecimientos que afectarán la ejecución del contrato por cuenta de la disminución de la demanda, NO son situaciones que el Concesionario pueda controlar en su condición de responsable exclusivo del recaudo y control de flota, que sin duda es responsabilidad exclusiva de Transcaribe.

- ii. Adicionalmente, solicitamos de forma respetuosa a TRANCARIBE, que en el apartado correspondiente a la distribución de riesgos, refleje su oferta en el sentido de que TODO el transporte público de pasajeros masivo o colectivo de Cartagena será recaudado por el concesionario.
- b. En relación con la Variación de la demanda por medios de Transporte alternativos Informal o no Regulados: En armonía con lo que se ha dejado expuesto en este escrito en relación con los lineamientos de los documentos CONPES que invoca TRANSCARIBE como fundamento de la distribución de riesgos propuesta, este riesgo no puede ser trasladado al Concesionario y debe ser asumido por Transcaribe teniendo en cuenta que es obligación del Estado garantizar el cumplimiento de la ley. En ese orden de ideas, la matriz propuesta es ilegal, pues está trasladando un riesgo a quien no está en capacidad de mitigar su ocurrencia; es inaceptable e ineficaz el que dentro de la matriz de riesgos se presente como mecanismo específico de manejo del riesgo que se comenta, que *"el concesionario podrá celebrar convenios con la policía para controlar la prestación ilegal del servicio (D.4244/06)"*. Forzar el cumplimiento de la ley es una obligación del estado; El concesionario es un particular y no puede, ni siquiera, vía convenio con la fuerza pública, enfrentar la piratería en el transporte.
- c. Frente al evento - Deficiencia en la operación y en el servicio: Transcaribe debe hacer mayor claridad sobre este evento. El concesionario de recaudo debe aceptar las fallas del servicio que son de su directa responsabilidad. Pero si se refiere a las deficiencias en el servicio generales 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 asignado a Transcaribe.
- d. Deficiencias Reducción de la Oferta de Transporte: Este evento, al igual que lo expuesto en el punto anterior, debe ser asumido por Transcaribe. Es el ente gestor y no el concesionario el que tiene toda la capacidad de controlar que se mantenga la oferta mínima de transporte que requiere la ciudad y es su responsabilidad que esta oferta se cumpla. No puede trasladarse este evento al concesionario de recaudo.

B. Riesgo de Fuerza mayor: Este riesgo se radica en cabeza del concesionario o de Transcaribe según sea el evento. En el mismo se plantean tres eventos, de los cuales

dos son claros en cuanto a que cuando los riesgos son asegurables, sus costos deben ser asumidos por el concesionario. Los no asegurables deben ser asumidos por Transcaribe. En esa medida, es clara la asignación.

No ocurre lo mismo con el tercer evento el cual indica que deben ser "Asumidos por cada parte frente a sus pérdidas". Transcribimos textualmente el evento: *"Los riesgos de fuerza mayor políticos no asegurables se refieren al daño emergente derivados del desastre político tales como actos de terrorismo, guerras o eventos que alteren el orden público, que tengan un impacto adverso sobre la operación y flujo de caja del proyecto"*.

- a. Como lo indican los dos primeros eventos, los costos que se generen por efecto de adquisición de seguros para los riesgos de fuerza mayor que sean asegurables deben ser asumidos por el concesionario y los que no sean asegurables deben ser asumidos por Transcaribe.
- b. En consecuencia, el tercer evento genera una contradicción y una indefinición de quien asume el riesgo frente a un evento de fuerza mayor, al decir que son asumidos por cada una de las partes. Por esto el concesionario no puede asumir el riesgo de la disminución de la demanda generada por un evento de fuerza mayor generado por la naturaleza o por terrorismo. Esto debe ser asumido por Transcaribe.

C. Riesgo de Implantación. La asignación de este riesgo se hace bien al concesionario o a Transcaribe según sea el evento. No obstante, es importante indicar que dentro de la matriz no se define cual de los eventos se asigna a Transcaribe o al concesionario, por lo que se solicita precisar esta asignación de riesgo con fundamento en las siguientes consideraciones:

- a. Los elementos técnicos y operativos relacionados con el sistema de recaudo y control deben ser planeados y buscar la minimización del riesgo de implantación por parte del concesionario.
- b. Los elementos que son ajenos al concesionario de recaudo y que dependen de Transcaribe para que la implantación se genere de una forma efectiva son un riesgo que debe ser asumido por Transcaribe. Esto incluye el que la flota de los buses esté disponible, la infraestructura vial, las estaciones, los patios etc.
- c. Adicionalmente, dentro de la Minuta del Contrato, Clausula 14 PLAZO DEL CONTRATO se indica que la etapa de operación regular tendrá una duración de 18 años y que esta etapa estará dividida en dos fases
 - i. Fase 1. Tendrá una duración de tres años en los cuales se debe alcanzar una movilización del 100 % de la demanda paga de pasajeros estimada por el sistema que es.
 1. Durante el primer año el 50%
 2. Durante el segundo año el 70%
 3. Durante el tercer año el 100% de la demanda estimada paga que corresponde a la implementación del mismo porcentaje en el transporte público masivo.

- ii. Fase 2. Tendrá una duración de 15 años en los cuales se movilizará el 100% de la demanda paga de pasajeros...

En consecuencia, basados en lo que indica la minuta del contrato propuesta, Transcaribe debe asumir el riesgo de la disminución de la demanda generada por el atraso en las fases que el mismo ha definido.


- D. **Riesgo Político:** En el riesgo político se incluye en la definición de este riesgo todo lo referente a la alteración de las variables macroeconómicas, sin señalar siquiera eventos de tal alteración, rangos ni definir escenario hipotético alguno. lo que va en contravía de la regla general de la ley 1150 en cuanto a riesgos.

En efecto, los riesgos que la entidad debe identificar, tipificar, cuantificar y asignar son aquellos con carácter de previsible y es claro, conforme la reiterada jurisprudencia de la sección tercera del Consejo de Estado, que la alteración de las variables macroeconómicas, son un riesgo imprevisible que da lugar a la aplicación de la teoría de la imprevisión. En ese orden de ideas, la asignación de este riesgo al concesionario es ilegal y No se puede aceptar.

- E. **Riesgo de Conmoción Interior o de Huelgas y Protestas:** Estamos de acuerdo con su asignación a Transcaribe, pero solicitamos se precise si dentro de este riesgo es claro que si se presenta una disminución de la demanda por consecuencia de una huelga o protesta, Transcaribe asume la diferencia. La matriz señala: *"Las pérdidas directas y no consecuenciales derivadas de las huelgas internas, nacionales o regionales, en las cuales no participe directamente El Concesionario ni sean promovidas por éste o sus empleados de dirección, manejo o confianza"* (negrilla fuera del texto). Respetuosamente, solicitamos, se aclare este riesgo, pues el concesionario no puede asumir la disminución de la demanda generada por una huelga o protesta. Este es un hecho imprevisible.

Finalmente, como se señaló en la parte inicial de este documento, la fórmula de remuneración del concesionario no compensa los riesgos que se le están trasladando, por lo que solicitamos se justifique en forma debida cómo se está compensado al concesionario por asumir los riesgos que le están asignando.

Agradecemos su atención,



Guillermo Iván Llano Alzate
Empresa 1

TRANSCARIBE S.A.
NIT. 900.014.488-5
Rad. Int. 3973

17 SEP 2010

Fecha y Hora 04:03 pm
Firma 05 Anexos 00
REVISADO PARA REVISIÓN
S. REPUBLICA ACEPTACION