

17 de septiembre de 2010

TRANSCARIBE S.A.
NIT. 800.014.488-5
Rad. Inc. 0.3.3.974

17 SEP 2010

Fecha y Hora 04:04 pm
Folios 08 Anexos NO
EL TIEMPO PARA RESPONDER
NO IMPLICA ACEPTACION

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

Referencia: Licitación Pública TC-LP-002 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, teniendo en consideración que la reunión para la revisión de asignación de riesgos y definición de su distribución aún no ha culminado.

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. No basta con 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. Se considera que esta obligación es de mayor envergadura, tratándose de un contrato de concesión asociado con la prestación de un servicio público y que implica una ejecución muy prolongada en el tiempo.

Es importante señalar que 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.

Del análisis del término estimar, que según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, significa "Apreciar, poner precio, evaluar algo (...)", y de los antecedentes de la norma, se deduce que esto implica, por un lado, analizar la probabilidad de ocurrencia de cada uno de los riesgos identificados y por otro,

determinar el valor económico o cuantificar 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:

*"(...) 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 de 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"*¹

La normatividad vigente obliga a la entidad a determinar la ocurrencia de hechos o situaciones que puedan afectar el equilibrio económico del contrato estatal, así como los efectos económicos de los mismos.

De acuerdo con lo anterior, si una situación que fue identificada y estimada como riesgo previsible, ocurre en la ejecución del contrato, y sus consecuencias financieras se ubican dentro de las estimaciones realizadas, éste hecho o circunstancia no podría argumentarse como fundamento de un eventual desequilibrio de la ecuación financiera del contrato, al menos hasta el monto estimado en dicha etapa precontractual, pues realmente no desequilibraría el contrato, ya que las consecuencias económicas estaban previstas, además de que no se cumpliría con el requisito de imprevisibilidad.

Pero si por el contrario, el hecho o circunstancia no hubiera sido previsto por las partes contratantes, entonces si se trataría de un hecho o circunstancia imprevisible y que no se encontraba estimada ni cuantificada. En este caso, podría llegar a configurarse un desequilibrio económico.

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

A este respecto, el Consejo de Estado ha establecido lo siguiente:

*"(...) en una relación de derecho público el contratista debe asumir riesgos anormales o extraordinarios, de suficiente entidad como para afectar la estructura económica del contrato", aclarando además que "Aquellas contingencias implicarían su contra un indebido sacrificio frente a la satisfacción del interés general. (...)"*²

¹ Comunicación No. 330443/09 del 07 de enero de 2010.

² CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera. Sentencia 4028 del 29 de mayo de 2003. Magistrado Ponente Ricardo Hoyos Duque.

Por consiguiente, la sola tipificación y asignación de un determinado riesgo sin la cuantificación previa de sus efectos económicos, además de ser ineficaz, 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.

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, la ecuación económica implica que el contratista en la ejecución del contrato, solo deberá responder por el 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.

Es claro que 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, 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-002 DE 2010:

En la matriz de riesgos expedida por Transcaribe, 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 aun que por medio de acuerdos celebrados entre el contratista y la administración no se podrá atentar contra los principios consagrados tanto en la Constitución como en la misma ley 80, 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.P), la igualdad ante las cargas públicas (art. 13 C.P), 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.P). Así mismo, porque ello desnaturalizaría el contrato convirtiendo al mismo en aleatorio.

En este orden de ideas, no puede ser trasladable al contratista los perjuicios derivados de los eventos encuadrados dentro de la teoría de la imprevisión, entendiéndose en este caso los cambios regulatorios, administrativos, legales o constitucionales que afecten al sistema, ni la variación en la estructura tributaria.

Lo anterior, por cuanto ello implicaría una asunción de riesgos ilimitados; lo que atenta contra los principios rectores de la contratación estatal, plasmados en normas que ostentan el carácter de orden público.

Visto que todo riesgo es trasladable por acuerdo entre las partes, salvo aquellos que no son cuantificables y /o determinables al momento de celebrar ("hecho del príncipe" y la teoría de la imprevisión), resulta indispensable un estudio sobre la conveniencia de trasladar cada riesgo derivado del negocio, en aras a la protección de los intereses de cada una de las partes.

Todo lo anterior, entendiendo que las variaciones anotadas, siempre provienen del 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".

Adicionalmente, se encuentra que en la matriz de riesgos que presente 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 "estimar", que según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, significa "Apreciar, poner precio, evaluar algo (...)", ya que a todas luces, carecen de la concreción 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-002 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 Transcaribe, 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, Transcaribe.

El otro evento que expone la Matriz es la Variación de la demanda por medios de Transporte alternativos Informal o no Regulado. 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".

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 presentes 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 Transcaribe.

Asignar al contratista el riesgo de demanda en los eventos señalados implica asumir que éste podría adjudicarse las potestades que puede 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 se sugiere 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 DE FUERZA MAYOR:

Este riesgo se pone en cabeza al concesionario o a Transcaribe según sea el evento. En la matriz de riesgos, se plantean tres eventos, de los cuales dos son claros frente a que los riesgos que son asegurables, sus costos deben ser asumidos por el concesionario.

Los no asegurables deben ser asumidos por Transcribe. 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 Transcribe.

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

El caso de guerra o terrorismo, o guerra, tal y como se expuso en la parte inicial de este escrito, el contratista se encontraría en un evento enmarcado dentro de la teoría de la Imprevisión, según la cual se trata de actos imprevisibles e irresistibles para el particular que afectarían la ecuación contractual del contrato por hechos ajenos al contratista. Igualmente, es claro que el Estado por disposición constitucional y legal es el llamado a controlar el orden público, y por lo tanto el único que puede asumir las consecuencias que se derivan de estos hechos.

C. RIESGO DE IMPLANTACIÓN:

Este riesgo se asigna al concesionario o a Transcribe según sea el evento. Es importante indicar que dentro de la matriz no se define cual de los eventos se responsabiliza el uno o el otro, por lo que se solicita hacer esta aclaración, basada en las siguientes consideraciones:

- (i) 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.
- (ii) Los elementos que son ajenos al concesionario de recaudo y que dependen de Transcribe en su rol de ente gestor debe velar porque la implantación se haga de una forma efectiva, es un riesgo que debe ser asumido por él. Esto incluye que la flota de los buses esté disponible, así como la infraestructura vial, las estaciones, los patios y demás elementos del sistema.

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: 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, durante el primer año el 50%, durante el segundo año el 70% y durante el tercer año el 100% de la demanda estimada paga que corresponde a la implementación del mismo porcentaje en el transporte público masivo y la Fase 2 que tendrá una duración de 15 años en los cuales se movilizara el 100% de la demanda paga de pasajeros. Con base en lo anterior, Transcribe debe asumir el riesgo de la disminución de la demanda generada por el atraso en las fases planeadas por éste.

D. 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.

E. RIESGO DE CONMOCIÓN INTERIOR, HUELGAS Y PROTESTAS:

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

IV. SOLICITUD:

En virtud de lo expuesto, se solicita a Transcribe 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


PAOLA REYES GÓMEZ
Asociada

TRANSCRIBE S.A.
NIT. 800.134.536-3
Rad. Int. 003971

17 SEP 2010

Fecha y Hora 17:24pm
Folio 08 Anexo NO
RECIBIDO PARA EMISIÓN
NO IMPLICA ACEPTACIÓN