

Documento CONPES

CONSEJO NACIONAL DE POLÍTICA ECONÓMICA Y SOCIAL
REPÚBLICA DE COLOMBIA
DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN



3911

PROYECTOS DE PATRIMONIO CULTURAL SUMERGIDO BAJO EL ESQUEMA DE ASOCIACIÓN PÚBLICO-PRIVADA DE INICIATIVA PRIVADA: LINEAMIENTOS PARA LA DISTRIBUCIÓN DE RIESGOS

Departamento Nacional de Planeación
Ministerio de Hacienda y Crédito Público
Ministerio de Cultura

Versión aprobada

Bogotá, D.C., 7 de diciembre de 2017

**CONSEJO NACIONAL DE POLÍTICA ECONÓMICA Y SOCIAL
CONPES**

Juan Manuel Santos Calderón
Presidente de la República

General (R) Óscar Adolfo Naranjo Trujillo
Vicepresidente de la República

Guillermo Abel Rivera Flórez
Ministro del Interior

María Ángela Holguín Cuéllar
Ministra de Relaciones Exteriores

Mauricio Cárdenas Santamaría
Ministro de Hacienda y Crédito Público

Enrique de Jesús Gil Botero
Ministro de Justicia y del Derecho

Luis Carlos Villegas Echeverri
Ministro de Defensa Nacional

Juan Guillermo Zuluaga Cardona
Ministro de Agricultura y Desarrollo Rural

Alejandro Gaviria Uribe
Ministro de Salud y Protección Social

Griselda Janeth Restrepo
Ministra de Trabajo

Germán Arce Zapata
Ministro de Minas y Energía

María Lorena Gutiérrez Botero
Ministra de Comercio, Industria y Turismo

Yaneth Giha Tovar
Ministra de Educación Nacional

Luis Gilberto Murillo Urrutia
Ministro de Ambiente y Desarrollo Sostenible

Camilo Armando Sánchez Ortega
Ministro de Vivienda, Ciudad y Territorio

David Luna Sánchez
Ministro de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones

Germán Cardona Gutiérrez
Ministro de Transporte

Mariana Garcés Córdoba
Ministra de Cultura

Luis Fernando Mejía Alzate
Director General del Departamento Nacional de Planeación

Alejandra Corchuelo Marmolejo
Subdirectora Sectorial

Juan Felipe Quintero Villa
Subdirector Territorial y de Inversión Pública

Resumen ejecutivo

En Colombia, los proyectos de patrimonio cultural sumergido desarrollados bajo esquemas de asociación público-privada (APP) no cuentan con lineamientos de política específicos de distribución eficiente de riesgos. Esto implica cierta incertidumbre sobre los riesgos que contractualmente puedan asumir las entidades estatales para este tipo de proyectos, así como las reglas de participación del sector privado.

En el presente documento CONPES se establecen los lineamientos para la asignación de riesgos en proyectos de patrimonio cultural sumergido bajo esquemas de APP de iniciativa privada. Las directrices aquí establecidas contemplan la definición de los tipos de riesgos, su asignación, los mecanismos de mitigación a implementar en caso de que los riesgos se materialicen y las recomendaciones generales para tener en cuenta en este tipo de contratos.

El Ministerio de Cultura estará encargado de implementar estos lineamientos dentro de la validación de los proyectos de patrimonio cultural sumergido bajo esquemas de APP de iniciativa privada. Todos los proyectos de patrimonio cultural sumergido que no hayan sido aprobados a partir de la expedición del presente documento CONPES deberán tener en cuenta los lineamientos de distribución de riesgos aquí propuestos.

Clasificación JEL: H54, L32

Palabras clave: asociaciones público-privadas; distribución de riesgos; arqueología subacuática, patrimonio cultural sumergido; iniciativa privada.

TABLA DE CONTENIDO

1. INTRODUCCIÓN	8
2. ANTECEDENTES Y JUSTIFICACIÓN	9
2.1. Marco normativo	10
2.2. Documentos de política aprobados en el periodo 2001-2016 relacionados con el riesgo contractual en proyectos con participación privada	12
2.3. Proyectos de patrimonio cultural sumergido bajo esquemas APP	14
2.3.1. Descripción de operación de proyectos de patrimonio cultural sumergido bajo el mecanismo de APP	15
2.3.2. Descripción de los mecanismos de pago de un proyecto de patrimonio cultural sumergido bajo el mecanismo de APP.....	15
2.4. Justificación.....	16
3. DEFINICIÓN DE LOS LINEAMIENTOS PARA LA DISTRIBUCIÓN DE RIESGOS	16
3.1. Objetivo general	17
3.2. Objetivos específicos	17
3.3. Esquema de distribución de riesgos	17
3.3.1. Riesgos prediales.....	20
3.3.2. Riesgos ambientales y sociales.....	20
3.3.3. Riesgo por interferencia o traslado de redes	21
3.3.4. Riesgos por diseño.....	21
3.3.5. Riesgos por construcción	22
3.3.6. Riesgos operacionales.....	23
3.3.7. Riesgos comerciales.....	24
3.3.8. Riesgos financieros	25
3.3.9. Riesgo regulatorio.....	26
3.3.10. Riesgos políticos y jurídicos.....	26
3.3.11. Riesgos por fuerza mayor	27
4. MECANISMOS DE COMPENSACIÓN POR RIESGOS	27
5. MECANISMOS DE RETRIBUCIÓN AL INVERSIONISTA PRIVADO	28
6. PROCESO DE CONTRATACIÓN	29

7. RECOMENDACIONES	30
8. BIBLIOGRAFÍA.....	31

ÍNDICE DE TABLAS

Tabla 1. Riesgos de proyectos de patrimonio cultural sumergido de iniciativa privada bajo esquemas de APP	18
---	----

SIGLAS Y ABREVIACIONES

APP	Asociación público-privada
CNPC	Consejo Nacional de Patrimonio Cultural
CONPES	Consejo Nacional de Política Económica y Social
DNP	Departamento Nacional de Planeación
DUR	Decreto Único Reglamentario
EGCAP	Estatuto General de Contratación de la Administración Pública
ICANH	Instituto Colombiano de Antropología e Historia
PGN	Presupuesto General de la Nación

1. INTRODUCCIÓN

La experiencia internacional en materia de asociaciones público-privadas (APP) muestra que, con la vinculación del sector privado en la provisión de bienes públicos y sus servicios relacionados, se generan mayores beneficios para el Estado respecto a la provisión tradicional a través de obras públicas; en especial, por la reducción en sobrecostos y en retrasos de las obras (Banco de Desarrollo de América Latina, 2015). Lo anterior, dado que la estructuración del esquema se basa en la retención y transferencia de riesgos y el concepto de disponibilidad del servicio, lo que genera incentivos adecuados al sector privado para el cumplimiento de las obligaciones pactadas con el sector público.

En Colombia, la Ley 1508 de 2012¹ (cfr. artículo 4) establece que las APP deben contar con una eficiente asignación de riesgos, según la mejor capacidad de administrarlos, con el fin de mitigar el impacto que su ocurrencia pueda generar sobre la calidad del servicio. El Decreto 423 de 2001², que ha sido compilado en el Decreto 1068 de 2015 - Único Reglamentario (DUR) del Sector Hacienda y Crédito Público-, establece que el Consejo Nacional de Política Económica y Social (CONPES) debe recomendar las directrices sobre la estructuración de proyectos con participación de capital privado y, de manera específica, respecto a los riesgos que puedan asumir contractualmente como obligaciones contingentes las entidades estatales (cfr. art 2.4.1.12). Adicionalmente, el Decreto 1082 de 2015³, establece que todo proyecto bajo esquemas de APP debe tipificar y distribuir sus riesgos de acuerdo con criterios definidos por documentos CONPES y la normativa que regule la materia (cfr. art 2.2.2.1.7.1.). En este sentido, desde 2001 se ha diseñado, a través de cinco documentos CONPES⁴, un marco de política pública enfocado a establecer los lineamientos sobre distribución de riesgos.

Por su parte, los proyectos de patrimonio cultural sumergido en Colombia bajo esquemas de APP no cuentan con lineamientos específicos sobre la asignación de riesgos y las singularidades que tienen estos proyectos en cuanto explotación económica, recuperación y preservación de los bienes, entre otros aspectos. Por esta razón, se hace necesaria la elaboración de un instrumento específico para definir la política de riesgos contractuales.

¹ Por el cual se establece el régimen jurídico de las asociaciones público-privadas, se dictan normas orgánicas de presupuesto y se dictan otras disposiciones.

² Por el cual se reglamenta parcialmente las leyes 448 de 1998 y 185 de 1995.

³ Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional (que derogó y compiló el Decreto 1467 de 2012, por el cual se reglamenta la Ley 1508 de 2012).

⁴ Documentos CONPES 3107, 3714, 3758, 3760 y 3807, los cuales son brevemente descritos en la siguiente sección.

En el caso de iniciativas privadas de patrimonio cultural sumergido en los cuales por su propia naturaleza es posible una rentabilidad alta, la mayoría de los riesgos deberán ser transferidos al inversionista privado por ser este la parte que está en mayor capacidad de asumirlos y administrarlos; sin embargo, en aquellos riesgos que escapen de su capacidad de administración, la nación puede otorgarle mecanismos de compensación, financiados entre otras fuentes, con bienes que no son patrimonio cultural, bajo los límites que señala la Ley 1675 de 2013, garantizando en todos los casos que no se requieran recursos del Tesoro Público.

En este contexto, el presente documento CONPES identifica y señala las recomendaciones de los principales riesgos a ser transferidos al privado, los riesgos que por sus características particulares pueden ser compartidos entre las partes y aquellos que pueden ser retenidos por el Estado; así como los parámetros para las compensaciones ofrecidas por el Gobierno nacional. El presente documento será aplicable a todos los proyectos de patrimonio cultural sumergido de iniciativa privada que se presenten en el país⁵.

Este documento se compone de seis secciones: la presente introducción, los antecedentes y justificación, el marco de política para la distribución de riesgos, los mecanismos de compensación, el proceso de contratación y las recomendaciones.

2. ANTECEDENTES Y JUSTIFICACIÓN

Mediante la Ley 448 de 1998⁶, el Decreto 1068 de 2015⁷, el Documentos CONPES 3107 *Política de manejo de riesgo contractual del estado para procesos de participación*

⁵ Las recomendaciones señaladas en el presente documento se efectúan en los términos del párrafo del artículo 1 de la Ley 448 de 1998, concordante con el artículo 2.4.1.12 del Decreto 1068 de 2015 y la Ley 1508 de 2012, esto sin perjuicio de la responsabilidad que les asiste a los órganos presupuestales en los procesos de contratación estatal en donde se debe considerar lo dispuesto en artículo 110 del Decreto 111 de 1996. Los mecanismos jurídicos de ejecución contractual son competencia de las entidades ejecutoras de los proyectos de inversión.

Decreto 111 de 1996. "Artículo 110. Los órganos que son una sección en el Presupuesto General de la Nación tendrán la capacidad de contratar y comprometer a nombre de la persona jurídica de la cuál hagan parte, y ordenar el gasto en desarrollo de las apropiaciones incorporadas en la respectiva sección, lo que constituye la autonomía presupuestal a que se refieren la Constitución Política y la ley. Estas facultades estarán en cabeza del jefe de cada órgano quien podrá delegarlas en funcionarios del nivel directivo o quien haga sus veces, y serán ejercidas teniendo en cuenta las normas consagradas en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y en las disposiciones legales vigentes. (...)".

⁶ Por medio de la cual se adoptan medidas en relación con el manejo de las obligaciones contingentes de las entidades estatales y se dictan otras disposiciones en materia de endeudamiento público.

⁷ Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del sector hacienda y crédito público.

privada en infraestructura⁸ y el Documento CONPES 3133 *Modificaciones a la Política de manejo de riesgo contractual del Estado para procesos de participación privada en infraestructura establecida en el Documento CONPES 3107*⁹, se emitió la normatividad y los lineamientos de política de manejo de riesgo contractual para procesos de participación privada en infraestructura. Estos fueron complementados a través de la expedición del Documento CONPES 3714 *Del riesgo previsible en el marco de la política de contratación pública*¹⁰ y el Decreto 1082 de 2015¹¹.

Así mismo, el Gobierno nacional promovió la expedición de la Ley 1508 de 2012 y el Decreto 1082 de 2015, que definen las herramientas aplicables al desarrollo de asociaciones público-privadas (APP) bajo un nuevo marco normativo estable y claro, rector de los procesos y procedimientos de selección y contratación de inversionistas privados. En esta ley se define que los proyectos de APP deberán contar con una eficiente asignación de riesgos, atribuyendo cada uno de ellos a la parte que esté en mejor capacidad de administrarlos. Dicho manejo eficiente de riesgos contractuales tiene como efecto minimizar los costos de mitigación, seguimiento y control de los mismos.

Los proyectos de patrimonio cultural sumergido, por su parte, imponen nuevos paradigmas en la relación del sector público con el inversionista privado bajo esquemas de APP de iniciativa privada, dado que comportan una expectativa de alta rentabilidad para el privado y, en consecuencia, debe tener una alta transferencia de riesgos al privado. Es el sector privado, en este especial tipo de proyectos, el que aporta el conocimiento especializado para adelantar las actividades autorizadas por la Ley 1675 de 2013¹² en contextos susceptibles de contener patrimonio cultural sumergido, lo que lo pone en una mejor posición de manejar la mayoría de riesgos, durante la ejecución del contrato.

A continuación, se presentan las normas nacionales que enmarcan y justifican la propuesta y el estado de la política pública asociada con la asignación de riesgos en el sector infraestructura.

2.1. Marco normativo

El fundamento normativo para elaborar el marco de política sobre distribución de riesgos se encuentra en la Ley 448 de 1998 y en el Decreto 1068 de 2015. En estos se

⁸ Disponible en: <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Conpes/Econ%C3%B3micos/3107.pdf>.

⁹ Disponible en: <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Conpes/Econ%C3%B3micos/3133.pdf>.

¹⁰ Disponible en: <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Conpes/Econ%C3%B3micos/3714.pdf>.

¹¹ Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del sector administrativo de planeación nacional.

¹² Por medio de la cual se reglamentan los artículos 63, 70 y 72 de la Constitución Política de Colombia en lo relativo al patrimonio cultural sumergido.

establece el régimen de obligaciones contingentes de las entidades estatales, con el cual se crea el Fondo de Contingencias Contractuales y se ordena al Gobierno nacional determinar la política de riesgo contractual del Estado. En particular, el artículo 16 del mencionado decreto establece como función del CONPES orientar el diseño de la política de riesgo contractual, específicamente, en los riesgos que puedan asumir las entidades estatales como obligaciones contingentes.

Posteriormente, la Ley 1508 de 2012, la cual crea el régimen jurídico de las APP, establece que estos instrumentos deben contar con una eficiente asignación de riesgos, según la capacidad de gestión de cada una de las partes, con el fin de mitigar su impacto sobre la disponibilidad de la infraestructura y la calidad del servicio. En su artículo 14, la Ley 1508 de 2012 señala que, para los proyectos de APP de iniciativa privada en la etapa de factibilidad, se deberá contar con el análisis de riesgos asociados al proyecto y la propuesta para su distribución, entre otros requisitos.

El Decreto 1082 de 2015 reglamenta la Ley 1508 de 2012 y en su artículo 2.2.2.1.5.5 establece que la tipificación, estimación y asignación definitiva de riesgos en la etapa de factibilidad de proyectos de APP de iniciativa privada deberá seguir los criterios establecidos en la Ley 80 de 1993¹³, la Ley 448 de 1998, la Ley 1150 de 2007, los documentos CONPES y por disposiciones que regulen la materia. También, en la sección 7 del Decreto 1082 de 2015 se desarrolla la reglamentación de los temas asociados a riesgos en los proyectos de APP como, por ejemplo: la entidad responsable de la tipificación, estimación y asignación de riesgos, los roles en cuanto a la definición de las metodologías de estimación del valor de las obligaciones contingentes y la aprobación de la respectiva valoración.

Por otro lado, los proyectos que involucran la recuperación de patrimonio cultural sumergido se regulan bajo la Ley 1675 de 2013¹⁴, la cual establece las condiciones para proteger, visibilizar y recuperar el patrimonio cultural sumergido de la nación, así como ejercer soberanía y generar conocimiento científico sobre el mismo. En esta ley se establece la autorización y el régimen de contratación aplicable, así como la remuneración que puede obtener un privado por realizar las actividades que prevé el artículo 4 de la misma ley. Específicamente, el artículo 17 autoriza el uso del mecanismo de las APP para desarrollar las actividades de exploración, intervención, aprovechamiento económico y preservación del patrimonio cultural sumergido.

¹³ Por la cual se expide el estatuto general de contratación de la administración pública.

¹⁴ Por medio de la cual se reglamentan los artículos 63, 70 y 72 de la Constitución Política de Colombia en lo relativo al patrimonio cultural sumergido.

La Ley 1675 de 2013 ha sido sometida a estudio de constitucionalidad en tres ocasiones. Las sentencias de constitucionalidad producto de esos estudios constituyen el marco jurisprudencial de su interpretación y aplicación. Así, la sentencia C-264 de 2014 fija lineamientos de interpretación de los criterios aplicables al patrimonio cultural sumergido contenidos en el artículo 3 de la citada ley. La sentencia C-553 de 2014 encontró ajustadas a derecho las condiciones contenidas en la ley para determinar qué es patrimonio cultural sumergido, así como la regulación de la remuneración de los contratos que se puedan suscribir en aplicación de dicha Ley. Por último, en la sentencia C-572 de 2014 se reitera que no hay restricción constitucional para que se efectúe la remuneración mediante bienes encontrados que no hagan parte del patrimonio cultural de la nación.

La Ley 1675 de 2013 fue reglamentada mediante el Decreto 1698 de 2014¹⁵, compilado en el Decreto 1080 de 2015¹⁶, Decreto Único Reglamentario del sector Cultura. El Decreto 1698 de 2014 reglamentó los requisitos mínimos que deben cumplir los documentos del proceso de contratación que se desarrollen en el marco de las actividades de exploración, intervención y aprovechamiento económico del patrimonio cultural sumergido. Así mismo, estableció lineamientos sobre las etapas de prefactibilidad y factibilidad de las propuestas que se desarrollen bajo el mecanismo de APP, los requisitos que deben cumplir los contratos, las prácticas prohibidas o limitadas, entre otros aspectos específicos de los procesos de contratación pública sobre patrimonio cultural sumergido. Adicionalmente, el Decreto 1080 de 2015 establece la aplicación de las normas del sistema de contratación pública y de las asociaciones público-privadas para el trámite de las iniciativas públicas y privadas relacionadas con el patrimonio cultural sumergido.

Mediante el Decreto 1389 de 2017¹⁷ se adicionó el Decreto Único Reglamentario del Sector Cultura, Decreto 1080 de 2015, incluyendo la posibilidad de contemplar Unidades Funcionales de Infraestructura en los contratos celebrados para desarrollar las actividades sobre el patrimonio cultural sumergido bajo el esquema de APP, y se determinó el monto mínimo de las mismas.

2.2. Documentos de política aprobados en el periodo 2001-2016 relacionados con el riesgo contractual en proyectos con participación privada

En lo que corresponde al marco regulatorio de la distribución de riesgos bajo esquemas de APP, el Gobierno nacional ha concertado lineamientos generales para proyectos de

¹⁵ Por medio del cual se reglamenta la Ley 1675 de 2013.

¹⁶ Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del sector cultura.

¹⁷ Por el cual se adiciona el Título III Contratación de la Parte VII Patrimonio Cultural Sumergido del Libro II Régimen reglamentario del Sector Cultura del Decreto Único Reglamentario del Sector Cultura 1080 de 2015.

infraestructura y riesgos previsibles en el marco de la política de contratación pública. De esta manera, desde el 2001 han sido expedidos cinco documentos CONPES. A continuación, se presenta una síntesis de cada uno de estos documentos y de los elementos que sirven como referencia para el presente documento CONPES.

El Documento CONPES 3107 define los lineamientos sobre el riesgo contractual del Estado en proyectos de infraestructura con participación privada, para los sectores de transporte, energía, comunicaciones y agua potable y saneamiento básico. En el documento fueron establecidas nueve áreas principales de riesgo, con su respectiva distribución entre las partes: (i) riesgo comercial, (ii) riesgos de construcción, (iii) riesgos de operación, (iv) riesgos financieros, (v) riesgos regulatorios, (vi) riesgos de fuerza mayor, (vii) riesgos de adquisición de predios, (viii) riesgo ambiental, (ix) riesgos soberano o político y (x) riesgo cambiario. Para el caso particular del sector transporte, fueron definidos los mismos riesgos para carreteras, puertos, canales de acceso, aeropuertos, ferrocarriles y transporte fluvial y urbano; para los cuales se establecieron riesgos en la compra de predios, licencias ambientales o permisos ambientales, causales de fuerza mayor y riesgo político. Posteriormente, a través del Documento CONPES 3133 se realizaron modificaciones al marco general de la política y la revisión de los lineamientos acerca del riesgo contractual derivado de obligaciones ambientales para procesos de participación privada establecida en el Documento CONPES 3107. En este documento se precisa la definición del riesgo por obligaciones ambientales, el cual se refiere a obligaciones que emanan de las licencias ambientales, de los planes de manejo ambiental y de la evolución de las tasas de uso del agua y las tasas retributivas durante la construcción y operación del proyecto.

El Documento CONPES 3714 estableció los lineamientos marco para la distribución de riesgos previsibles en adquisiciones establecidas en el marco del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (EGCAP). En el documento se abordaron ocho grandes categorías para la tipificación de riesgos y sus correspondientes distribuciones: (i) riesgos económicos, (ii) riesgos sociales o políticos, (iii) riesgo operacional, (iv) riesgos financieros, (v) riesgos regulatorios, (vi) riesgos de la naturaleza, (vii) riesgo ambiental y (viii) riesgo tecnológico. Es importante resaltar que en este documento CONPES se establece que para los proyectos que se estructuran en general bajo el esquema de participación público-privada en infraestructura, sin diferenciar sector alguno, se aplicaran los lineamientos allí contemplados, lo cuales deberán complementarse con la política contenida en el Documento CONPES 3107.

El Documento CONPES 3758 *Política para restablecer la navegabilidad en el río Magdalena*¹⁸ plantea el restablecimiento de la navegabilidad del río Magdalena, a partir de un plan de acción ejecutado bajo esquemas de APP con el propósito de lograr una distribución eficiente del riesgo. El documento, aunque no establece un esquema detallado al respecto, define que el inversionista privado deberá asumir riesgos de diseño, construcción, operación y mantenimiento de obras en el río Magdalena.

El Documento CONPES 3760 *Proyectos viales bajo el esquema de asociaciones público-privadas: cuarta generación de concesiones viales*¹⁹ definió los lineamientos de política del programa de Cuarta Generación de Concesiones Viales, que agrupa en cuatro componentes principales, entre estos, la distribución de riesgos en el programa. El documento presenta los lineamientos de distribución por separado para proyectos de iniciativa pública y de iniciativa privada, así como las pautas de asignación de garantías parciales ofrecidas por el Gobierno nacional para algunos de los riesgos identificados.

El Documento CONPES 3807 *Modificación al Documento CONPES 3107 Política de manejo del riesgo contractual del Estado para procesos de participación privada en infraestructura*²⁰ cambió los lineamientos de distribución del riesgo en proyectos aeroportuarios. Su importancia radica en ser uno de los primeros documentos de política donde se visualiza la necesidad de ampliar el marco de regulación establecido por el Documento CONPES 3107. Adicionalmente, brinda mayor claridad sobre los riesgos por obligaciones ambientales y modifica, para el caso particular de proyectos aeroportuarios, la asignación del riesgo predial.

2.3. Proyectos de patrimonio cultural sumergido bajo esquemas APP

El potencial de contextos susceptibles de contener patrimonio cultural sumergido en los países de Latinoamérica, de la cuenca del Caribe y, en especial de Colombia, es enorme. Según Pierre Chaunu, historiador e hispanista francés, especialista en la América española e historia social de los siglos XVI, XVII y XVIII, de España zarparon entre los años 1504 y 1545 hacia sus colonias en América, un número aproximado de 2.070 naves de diferentes tipos (p.ej. carabelas, naos y galeones). Entre 1504 y 1650, de acuerdo con el mismo historiador, naves españolas realizaron 17.967 viajes en el Océano Atlántico entre España y América (Rodríguez Aguilar, 2010; Fernández González, 2000). Valga anotar que, en 2002, el Congreso de la República de Colombia destacó que aproximadamente 1.100

¹⁸ Disponible en: <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Conpes/Econ%C3%B3micos/3758.pdf>.

¹⁹ Disponible en: <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Conpes/Econ%C3%B3micos/3760.pdf>.

²⁰ Disponible en <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Conpes/Econ%C3%B3micos/3807.pdf>.

buques sumergidos están localizados cerca de la costa colombiana (Secretaría General del Congreso de la República de Colombia, 2002).

2.3.1. Descripción de operación de proyectos de patrimonio cultural sumergido bajo el mecanismo de APP

Los proyectos de patrimonio cultural sumergido pueden dividirse en varias actividades, las cuales se encuentran contempladas en el artículo 4 de la Ley 1675 de 2013, y se resumen a continuación:

- Exploración. Toda acción científica debidamente autorizada, que se desarrolle para buscar y localizar bienes del patrimonio cultural sumergido, mediante métodos que no alteren o modifiquen sus condiciones físicas o del contexto donde se hallen.
- Intervención. Toda acción científica, encaminada al conocimiento y conservación, sobre el patrimonio cultural sumergido, que tenga como finalidad el cambio en la ubicación de los bienes que lo constituyen, su remoción, extracción o cualquier otra modificación de las condiciones físicas o del contexto donde se hallen.
- Aprovechamiento económico. Actividades a través de las cuales los bienes del patrimonio cultural sumergido generan ingresos económicos mediante la exhibición, o divulgación al público, sea *in situ* o en infraestructuras culturales como museos, o cualquier clase de establecimiento cultural.
- Preservación. Las actividades que se realicen con el patrimonio cultural sumergido deben preservar el contexto arqueológico, garantizar la planimetría del yacimiento y disponer de un plan de manejo arqueológico que permita el máximo aprovechamiento de la información arqueológica, así como su difusión y socialización.

Las actividades previamente descritas deberán garantizar la preservación de todos los bienes hallados, recuperados o extraídos, así como la curaduría de los mismos, asegurando la difusión pública del patrimonio.

2.3.2. Descripción de los mecanismos de pago de un proyecto de patrimonio cultural sumergido bajo el mecanismo de APP

La remuneración al privado en proyectos que se desarrollen bajo el esquema de APP y tengan como finalidad la realización de las actividades contempladas en el artículo 4 de la Ley 1675 de 2013, de conformidad con el artículo 15 de la misma ley, deberán atender las siguientes reglas:

- (i) No habrá lugar a compensación económica alguna al privado si este realiza la exploración y no se hace un hallazgo.

- (ii) En caso de existir hallazgo se remunerará al privado hasta con el 50 % del valor de los bienes que no constituyen patrimonio cultural de la nación, los cuales serán definidos por el Consejo Nacional de Patrimonio Cultural (CNPC), de conformidad con los criterios establecidos en el artículo 3 de la Ley 1675 de 2013.

La ley establece la posibilidad de que esta remuneración se realice hasta con el 50 % de las especies rescatadas que no constituyan patrimonio cultural de la nación; o su valor equivalente en dinero, caso en el cual el valor de los bienes se establecerá mediante un sistema de peritaje internacional aceptado de común acuerdo por las partes.

2.4. Justificación

Las APP son un mecanismo que viabiliza la recuperación del patrimonio cultural sumergido de la nación en la medida que permite la vinculación de capital privado. Para el Estado resulta conveniente estructurar proyectos de patrimonio cultural sumergido bajo este mecanismo debido a que sus recursos económicos, técnicos, tecnológicos y de personal son insuficientes para invertir en este tipo de proyectos que, en su primera fase (exploración), se caracterizan por un alto grado de incertidumbre.

Adicionalmente, las APP, por involucrar como elemento esencial la retención y transferencia de riesgos mediante una eficiente asignación de los mismos, hace posible la participación del sector privado en este tipo de proyectos, que por muchos años estuvieron sumergidos por falta de un cuerpo normativo que viabilizara su ejecución. Por esta razón, y debido a que, como se ha mencionado, el patrimonio cultural sumergido en Colombia bajo esquemas de APP no cuenta con lineamientos específicos sobre la asignación de riesgos, se hace necesaria la elaboración de un instrumento específico para definir la política de riesgos contractuales.

3. DEFINICIÓN DE LOS LINEAMIENTOS PARA LA DISTRIBUCIÓN DE RIESGOS

En Colombia no se han definido los lineamientos de distribución de riesgos para proyectos de patrimonio cultural sumergido desarrollados bajo esquemas de APP. Esta situación tiene varias implicaciones sobre los costos de mitigación, seguimiento y control de los riesgos en todas las etapas del proyecto. Además, la falta de información sobre la distribución de riesgos en contratos de APP para este sector puede llevar a que los proponentes de iniciativas privadas estructuren proyectos que no cumplen con las expectativas de las entidades públicas respecto a la asignación de riesgos y sobre el alcance del servicio que prestaría la infraestructura. Por lo tanto, es necesario formular lineamientos específicos para la distribución eficiente de riesgos en proyectos de patrimonio cultural sumergido bajo esquemas de APP. A continuación, será desarrollada la propuesta.

3.1. Objetivo general

Establecer las directrices que se recomienda tener en cuenta por parte de las entidades estatales en los proyectos de patrimonio cultural sumergido bajo esquemas de APP de iniciativa privada, en relación con la identificación, asignación y manejo de riesgos contractuales.

3.2. Objetivos específicos

- Fijar las directrices que se recomienda seguir en lo concerniente a los riesgos que las entidades contratantes puedan asumir como obligaciones contingentes.
- Orientar sobre los riesgos específicos de proyectos de patrimonio cultural sumergido a la parte que esté en mejor capacidad de administrarlos.
- Orientar y delimitar las compensaciones de los riesgos que son compartidos entre el Estado y el privado.
- Orientar los mecanismos de compensación de riesgos en proyectos de patrimonio cultural sumergido bajo el esquema de APP de iniciativa privada sin desembolsos de recursos públicos.
- Orientar sobre los mecanismos de retribución al inversionista privado.
- Orientar sobre las directrices que se recomienda seguir contractualmente en proyectos de recuperación de patrimonio cultural sumergido.

3.3. Esquema de distribución de riesgos

Con base en el marco normativo y de política de distribución de riesgos en Colombia, en esta subsección se establece el conjunto de riesgos que pueden afectar el desarrollo de proyectos de patrimonio cultural sumergido. Cada uno de los riesgos identificados deben incluir su respectiva asignación, calificación de probabilidad de ocurrencia e impacto, en la respectiva matriz de riesgos de cada proyecto.

A continuación, se presentan los lineamientos de política de riesgo aplicables a las entidades públicas que evalúen proyectos de APP de iniciativa privada para desarrollar actividades sobre presuntos contextos de patrimonio cultural sumergido. En estos se deberán contemplar, los riesgos que se describen en la Tabla 1.

Es importante mencionar que los demás riesgos que no se mencionan en el presente documento deberán seguir, en lo aplicable, lo establecido en los documentos CONPES relacionados con política de riesgo contractual con participación de capital privado y la normatividad aplicable. Así mismo, se deben considerar como riesgos no valorables, aquellos

riesgos clasificados dentro del área político-jurídica, tales como: litigios, demandas, embargos, u otras reclamaciones en la jurisdicción colombiana sobre el hallazgo o los objetos recuperados, que generen una interrupción de las actividades o que afecten la retribución del proyecto, eventos eximentes y de fuerza mayor no asegurables.

Tabla 1. Riesgos de proyectos de patrimonio cultural sumergido de iniciativa privada bajo esquemas de APP

Área	Tipo de riesgo	Efecto	Asignación
Predial	Gestión predial	Mayores costos y plazos	Privado
	Mayores valores por adquisición de predios para las infraestructuras	Mayores costos y plazos	Privado
Ambiental y social	Invasión de las áreas destinadas para la construcción de las infraestructuras	Mayores costos y plazos	Privado
	Gestión para la obtención de licencias o permisos	Mayores costos y plazos	Privado
	Compensaciones socio ambientales y otras compensaciones monetarias requeridas para la obtención de permisos y licencias	Mayores costos y plazos	Privado
	Actividades no previstas, requeridas por autoridades gubernamentales con posterioridad a la expedición de licencias o permisos	Mayores costos y plazos	Compartido
Redes	Interferencia o traslado de redes	Mayores costos y plazos	Privado
Diseño	Cambios posteriores a la definición de los diseños finales (tras la no objeción del Ministerio de Cultura), en los diseños de las infraestructuras	Mayores costos y plazos	Privado
	Cambios posteriores a la definición de los diseños finales (tras la no objeción del Ministerio de Cultura), en los diseños de las infraestructuras, por decisión de entidades gubernamentales	Mayores costos y plazos	Compartido
Construcción	Mayores cantidades de obras	Mayores costos	Privado
	Mayores cantidades de obras derivadas de los cambios de diseños (después de la no objeción) ordenados por el Ministerio de Cultura	Mayores costos	Compartido
	Variación de precios de los insumos requeridos para la construcción de las infraestructuras	Mayores costos	Privado

Operacional	Mayores cantidades de insumos para la operación y mantenimiento de las infraestructuras y/o las actividades de intervención	Mayores costos	Privado
	Variación en el precio de los insumos para la operación y mantenimiento de las infraestructuras y/o las actividades de intervención	Mayores costos	Privado
	Prolongación de la preservación de los objetos recuperados	Mayores costos y plazos	Privado
	Riesgos por violación a la seguridad (durante la operación <i>offshore</i> o en las infraestructuras)	Mayores costos y plazos	Privado
Comercial	Riesgo de no lograr la demanda esperada para la Infraestructura para divulgación	Variación de la retribución	Privado
	Inexistencia o bajo contenido de oro, plata o piedras preciosas	Variación de la retribución	Privado
	Declaración del patrimonio cultural sumergido	Variación de la retribución	Privado
	Identidad del pecio ²¹	Variación de la retribución	Privado
Financiero	No obtención del cierre financiero	Mayores costos y plazos.	Privado
	Cambios en variables macroeconómicas	Mayores costos	Privado
	Insuficiencia de recursos para el pago de la interventoría	Mayores costos	Compartido
Cambiarío	Variación del peso frente a otras monedas	Mayores costos	Privado
Riesgo regulatorio	Cambio en normatividad	Mayores costos	Privado
Político-jurídico	Litigios, demandas, embargos u otras reclamaciones en la jurisdicción colombiana sobre el hallazgo o los bienes recuperados, que generen una interrupción de las actividades o que afecten la retribución del proyecto.	Mayores costos	Compartido
Fuerza mayor	Fuerza mayor asegurable	Mayores costos	Privado
	Eventos eximentes de responsabilidad y fuerza mayor no asegurable	Mayores costos	Compartido

Fuente: Ministerio de Cultura (2017).

A continuación, se presenta la descripción de aquellos riesgos que por su particularidad o la de los proyectos de patrimonio cultural sumergido, requieren un tratamiento diferencial

²¹ Pedazo o fragmento de la nave que ha naufragado o porción de lo que contiene una nave que ha naufragado.

respecto a la política general de riesgo contractual establecida en los documentos CONPES mencionados en la sección de antecedentes.

3.3.1. Riesgos prediales

Estos riesgos están relacionados con la necesidad de obtención de los diferentes predios para la ejecución del proyecto. Dadas las buenas prácticas aplicadas en la estructuración de los proyectos, que en iniciativas privadas corresponde de manera exclusiva al privado, y teniendo en cuenta que para este tipo de proyectos los predios que se requieren son principalmente para la construcción de la infraestructura para preservación y divulgación de los bienes (o cualquier otra infraestructura asociada) cuya ubicación es definida por el privado, quien tiene la flexibilidad para definir la localización de los mismos, la asignación de este riesgo será la siguiente:

- Gestión predial: la gestión en la adquisición predial estará en cabeza del privado.
- Mayores valores por adquisición de predios para las infraestructuras: los costos y sobrecostos en la adquisición de los predios y sus correspondientes compensaciones socioeconómicas, serán asumidos por el privado.

3.3.2. Riesgos ambientales y sociales

Corresponden a la necesidad de obtención de licencias ambientales o demás permisos y concesiones de carácter ambiental requeridos para la ejecución del proyecto y cumplimiento de indicadores de disponibilidad y de niveles de servicio. También suelen presentarse por coyunturas sociales que puedan generar paros, huelgas, actos terroristas, etc. Estos riesgos se asocian a:

- Invasión de las áreas destinadas para la construcción de las infraestructuras: este riesgo hace referencia a la imposibilidad de construcción y operación de las infraestructuras por incursión de terceros en los predios que impidan el desarrollo del objeto contractual. Teniendo en cuenta que es el privado quien durante la etapa de estructuración se encarga de realizar la gestión predial que le permita prever los riesgos de invasión y de seguridad, este riesgo se asigna al inversionista privado.
- Gestión para la obtención de licencias o permisos: la gestión ambiental estará a cargo del privado, incluidos los trámites ante las autoridades ambientales (p.ej. licencias, permisos y concesiones), por lo que cualquier riesgo que se derive de esta gestión deberá ser asumido por este.
- Compensaciones socioambientales y otras compensaciones monetarias requeridas para la obtención de permisos y licencias: los costos de las compensaciones

socioambientales de las licencias requeridas para el desarrollo del proyecto serán asumidos en su totalidad por el privado. Esto, teniendo en cuenta que, dentro de la estructuración de la iniciativa privada, el privado debe contemplar las obligaciones emanadas del licenciamiento y el costo de la implementación de los planes de manejo.

- Actividades no previstas requeridas por autoridades ambientales gubernamentales, con posterioridad a la expedición de licencias o permisos: este riesgo está asociado a la solicitud de actividades no previstas, requeridas por autoridades gubernamentales, con posterioridad a la expedición de licencias o permisos, incluyendo, pero sin limitarse a los ambientales, arqueológicos y de construcción. Según los lineamientos establecidos en el Documento CONPES 3107 *Política de manejo de riesgo contractual del Estado para procesos de participación privada en infraestructura*²², para el riesgo ambiental, en caso de requerirse modificaciones de las licencias ambientales o planes de manejo ambiental, incluyendo actividades derivadas de impactos no previstos y/o inclusión de nuevas medidas de manejo o ajuste de las aprobadas en la licencia ambiental, el riesgo será asumido por el inversionista privado; lo mismo aplicará para otras licencias o permisos que se requieran en el marco de proyectos de APP de patrimonio cultural sumergido. No obstante, lo anterior, cuando las actividades no previstas sean requeridas por autoridades gubernamentales con posterioridad a la expedición de licencias o permisos, el riesgo se compartirá entre las partes que suscriben el contrato de APP, de modo que los sobrecostos serán compartidos de acuerdo con lo establecido en la sección 4 de este documento. Lo anterior, teniendo en cuenta que la gestión y obtención de licencias, permisos o planes de manejo ambiental, requeridos para la ejecución del proyecto, están a cargo del inversionista privado, pero que el inversionista público también tiene posibilidad de realizar parte del manejo del riesgo.

3.3.3. Riesgo por interferencia o traslado de redes

Se refiere a la obligación de traslado, reubicación de las redes de servicios²³ o de protección de las mismas, con el fin de evitar la afectación o interferencias con el proyecto. Teniendo en cuenta que la identificación de redes y posibles traslados de las mismas se relaciona con la gestión predial, la cual está a cargo del inversionista privado, el riesgo de redes se le deberá asignar igualmente a este.

3.3.4. Riesgos por diseño

²² Disponible en: <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Conpes/Econ%C3%B3micos/3107.pdf>.

²³ Se refiere a las infraestructuras para el transporte y suministro de servicios públicos, telecomunicaciones, hidrocarburos y, en general, de cualquier fluido o cable.

Corresponde a la necesidad de cumplir con las especificaciones de diseño durante la ejecución del contrato por el privado y sus posibles modificaciones, dadas las características y particularidades de cada proyecto. Estos riesgos se asocian a:

- Cambios posteriores a la definición de los diseños finales (tras la no objeción del Ministerio de Cultura) en los diseños de las infraestructuras, siguiendo los lineamientos establecidos en el Documento CONPES 3107: teniendo en cuenta que es el privado el que presenta todos los diseños, este se encuentra en mejor capacidad para la administración y mitigación del riesgo, por lo tanto, será su responsabilidad.
- Cambios posteriores a la definición de los diseños finales (tras la no objeción del Ministerio de Cultura), en los diseños de las infraestructuras, por decisión de entidades gubernamentales: si se realizan modificaciones a los diseños por decisiones de entidades gubernamentales, posteriores a la aprobación del Ministerio de Cultura, los sobrecostos en diseños serán compartidos y operarán de acuerdo a lo establecido en la sección 4 de este documento, teniendo en cuenta que es obligación del privado cumplir con las especificaciones de diseño durante la ejecución del contrato.

3.3.5. Riesgos por construcción

Se refiere a la posibilidad de que el monto y las cantidades no sean los previstos. Como principio general, los riesgos de construcción deben ser transferidos al inversionista privado, en la medida que este tiene mayor experiencia y conocimiento sobre las variables que determinan el valor de la inversión, y es quien tendrá a su cargo las actividades de construcción, tales como el programa de construcción, la adquisición de equipos, las tecnologías asociadas con el proyecto, la compra de materiales, entre otros. Lo anterior supone que el constructor cuenta con la información suficiente para realizar el costeo, tener en operación el proyecto en la fecha prevista y en las condiciones de operación establecidas, así como con el tiempo suficiente para realizar las evaluaciones necesarias para asumir este riesgo. Esto implica que, en caso de fallar los supuestos, programas o costos previstos por el privado, este asume los costos asociados con este riesgo. Esto le permite mayor libertad a la iniciativa privada en los aspectos de ingeniería, diseño y utilización de nuevas tecnologías. Tales riesgos se asocian a:

- Mayores cantidades de obras: teniendo en cuenta que es el privado quien, durante la etapa de estructuración de los proyectos, se encarga de realizar los estudios respectivos y adelantar actividades que permitan contar con un adecuado nivel de información, deberá asumir los sobrecostos por mayores cantidades de obras, siguiendo los lineamientos establecidos en el Documento CONPES 3107.

- Mayores cantidades de obras derivados de los cambios de diseños (después de la no objeción) ordenados por el Ministerio de Cultura: si el sobrecosto se materializa por modificaciones a las obras derivadas por decisiones de entidades gubernamentales con posterioridad a la aprobación del Ministerio de Cultura, por razones no imputables al privado, los sobrecostos en diseños serán compartidos y operará de acuerdo con lo establecido a la sección 4 de este documento. Se debe tener en cuenta que es obligación del privado cumplir con las necesidades y financiar la construcción de la infraestructura durante la ejecución del contrato.
- Variación de precios de los insumos requeridos para la construcción de las infraestructuras: teniendo en cuenta que es el privado quien, durante la etapa de estructuración de los proyectos, se encarga de realizar los estudios respectivos y adelantar actividades que permitan contar con un adecuado nivel de información, deberá asumir los sobrecostos por variación de precios de los insumos; de acuerdo con los lineamientos establecidos en el Documento CONPES 3107.

3.3.6. Riesgos operacionales

El riesgo de operación se refiere al no cumplimiento de los parámetros de desempeño especificados, a costos de operación y mantenimiento mayores a los proyectados, a disponibilidad y costos de los insumos y a interrupción de la operación por acto u omisión del operador, entre otros. Dichos sucesos hacen parte del riesgo operacional siempre y cuando no sean obligaciones de las partes y se materialicen durante la ejecución del contrato. Por regla general, los riesgos operacionales se transfieren al privado, en la medida en que cuenta con mayor experiencia y conocimiento de las variables que determinan el valor de la inversión y tendrá a su cargo las actividades propias del contrato; máxime que la operación del proyecto es parte del objeto mismo del contrato de APP, lo que conlleva necesariamente a que este riesgo sea asignado al inversionista privado bajo el principio que este tiene mayor control sobre la operación. Estos riesgos se asocian a:

- Mayores cantidades de insumos para la operación y mantenimiento de las infraestructuras y/o las actividades de intervención: teniendo en cuenta que es el privado quien, durante la etapa de estructuración de los proyectos, se encarga de realizar los estudios respectivos y adelantar actividades que permitan contar con un adecuado nivel de información, y que la operación del proyecto es parte del objeto mismo del contrato, este riesgo se asigna al inversionista privado, bajo el principio que este tiene mayor control sobre la operación.
- Variación en el precio de los insumos para la operación y mantenimiento de las infraestructura y/o las actividades de intervención: teniendo en cuenta que es el privado

quien, durante la etapa de estructuración de los proyectos, se encarga de realizar los estudios respectivos y adelantar actividades que permitan contar con un adecuado nivel de información de las variables, y que la operación del proyecto es parte del objeto mismo del contrato, este riesgo se asigna al inversionista privado, bajo el principio que este tiene mayor control sobre la operación.

- Prolongación de la preservación de los objetos recuperados: este riesgo está asociado a la posibilidad de que el proceso de preservación requiera más tiempo del previsto para la ejecución del contrato. Teniendo en cuenta que es el privado quien durante la etapa de estructuración de los proyectos, se encarga de realizar los estudios respectivos y adelantar actividades que permitan determinar los tiempos requeridos para la adecuada presentación de los objetos recuperados, bajo los niveles de servicios y los estándares de calidad, este riesgo se asigna al inversionista privado, bajo el principio que este tiene mayor control sobre las actividades de preservación que hacen parte esencial de sus obligaciones contractuales.
- Riesgos por violación a la seguridad (durante la operación *offshore* o en las infraestructuras): teniendo en cuenta que es el privado quien durante la etapa de estructuración se encarga de realizar los estudios respectivos para determinar las necesidades de seguridad del proyecto y que la seguridad es un componente esencial para la operación del mismo (que se encuentra enteramente a su cargo) bajo los estándares de calidad y niveles de servicio mínimos requeridos, este riesgo se asigna al inversionista privado, quien deberá implementar las medidas de vigilancia y protección necesarias y podrá contar con el apoyo de las autoridades públicas, en lo que corresponda.

3.3.7. Riesgos comerciales

Estos riesgos se presentan cuando los ingresos derivados de la explotación del proyecto difieren de los esperados. Este riesgo es generalmente asignado al inversionista privado, dado que la mitigación de su impacto depende en la mayoría de los casos de la gestión que pueda hacer el operador del sistema o el prestador del servicio. Estos riesgos se asocian a:

- Riesgo de no lograr la demanda esperada para la infraestructura para divulgación: este tipo de riesgo se presenta cuando los volúmenes de servicio son menores a los estimados. Teniendo en cuenta que es el privado quien, durante la etapa de estructuración de los proyectos, se encarga de realizar los estudios de oferta y demanda, así como adelantar actividades que permitan contar con un adecuado nivel de información de las variables, este riesgo se asigna al inversionista privado.

- Inexistencia o bajo contenido de oro, plata o piedras preciosas: este riesgo hace referencia al evento en el que los objetos recuperados que puedan ser considerados como no patrimoniales, de acuerdo con los criterios establecidos en la Ley 1675 de 2013, tengan bajo contenido de oro, plata o piedras preciosas y no permitan obtener los beneficios económicos esperados. Dado que este es un riesgo inherente a este tipo de proyectos y que la estimación sobre la cantidad que se espera recuperar hace parte de la estructuración de la iniciativa (que obedece a los resultados de la etapa de exploración adelantada por el privado bajo su cuenta y riesgo) y de su decisión autónoma de presentar una propuesta en etapa de factibilidad, es el privado quien debe asumir el riesgo.
- Declaración del patrimonio cultural sumergido: este riesgo hace referencia al evento en el que la cantidad de bienes recuperados que no sean declarados patrimonio cultural de la nación no permitan obtener los beneficios económicos esperados. Como quiera que este es un riesgo inherente a este tipo de proyectos y la concepción del mismo como iniciativa privada implicó el conocimiento de su existencia, el privado es quien debe asumir este riesgo.
- Identidad del pecio: este riesgo hace referencia al evento en el que, después de iniciar las labores de excavación, el privado constate que el hallazgo encontrado no corresponda al que inicialmente había proyectado recuperar. Dado que este es un riesgo inherente a este tipo de proyectos y que la estimación sobre la identidad del pecio que se espera recuperar (que obedece a los resultados de la etapa de exploración adelantada por el privado bajo su cuenta y riesgo) hace parte de la estructuración de la iniciativa y de su decisión autónoma de presentar una propuesta en etapa de factibilidad, es el privado quien debe asumir el riesgo.

3.3.8. Riesgos financieros

Este riesgo tiene tres componentes: (i) no obtención del cierre financiero; (ii) Cambios en las variables macroeconómicas e (iii) insuficiencia de recursos para el pago de interventoría. Este tipo de riesgo es más severo cuando se obtienen condiciones que no se adecuen al plazo de maduración del proyecto y, por ende, a su generación de caja. En general, el mismo es asignado en su totalidad al inversionista privado.

- No obtención del cierre financiero: se refiere a la dificultad de conseguir los recursos financieros, ya sea en el sector financiero o el mercado de capitales, para lograr el objetivo del contrato. El riesgo se traslada al privado por regla general y bajo la premisa de contar con información suficiente. En atención a su experticia en la consecución de los recursos necesarios y estructuración de proyectos, se presume que

cuenta con un manejo y posibilidad de administración efectiva de los riesgos financieros.

- Cambios en variables macroeconómicas: hace referencia a los términos financieros de dichos recursos, entre estos encontramos plazos, tasas, garantías, contragarantías, refinanciamientos, entre otros. El riesgo se traslada al privado por regla general. En atención a su experticia en la consecución de los recursos necesarios y estructuración de proyectos, se presume que cuenta con un manejo y posibilidad de administración efectiva de los riesgos financieros.
- Insuficiencia de recursos para el pago de la interventoría: teniendo en cuenta que ejercer la adecuada supervisión y control del desarrollo del proyecto es interés del público, pero es el privado quien tiene la obligación de garantizar la financiación total del proyecto incluidos los costos de la interventoría, los cuales están íntimamente relacionados con el alcance de la propuesta presentada por el privado, la cual incluye las características y perfiles del equipo interventor que supervisará el contrato. Por tanto, este riesgo es compartido entre las partes y operará de acuerdo con lo establecido en la sección 4 de este documento.

3.3.9. Riesgo regulatorio

Los riesgos regulatorios se seguirán rigiendo por el Documento CONPES 3107. En desarrollo de los términos de la Ley 80 de 1993, el Estado hará explícito en los términos de contratación el tratamiento para cambios regulatorios, tributarios administrativos y legales, que afecten significativamente los flujos del proyecto. Este riesgo debe ser asumido por el inversionista privado.

3.3.10. Riesgos políticos y jurídicos

Estos riesgos se derivan de cambios en las políticas gubernamentales que sean probables y previsibles, tales como cambios en la situación política, sistema de gobierno y cambio en las condiciones sociales que tengan impacto en la ejecución del contrato. Así mismo se incluyen los riesgos relacionados con demandas, litigios, embargos u otras órdenes judiciales que puedan afectar la ejecución del proyecto:

- Litigios, demandas, embargos u otras reclamaciones en la jurisdicción colombiana sobre el hallazgo o los bienes recuperados, que generen una interrupción de las actividades o que afecten la retribución del proyecto: teniendo en cuenta que este riesgo no puede ser trasladado en su totalidad al privado, dado que tanto el público como el privado, tienen intereses en la resolución de los eventuales litigios, demandas o reclamaciones que se impulsen en la jurisdicción colombiana y que los dos están en

la capacidad de manejar parte del riesgo con el fin de propender que estos eventos causen el menor perjuicio posible al desarrollo del proyecto deberán aunar esfuerzos para asumirlos en forma conjunta. Por lo tanto, se compartirá el riesgo y operará de acuerdo con lo establecido en la sección 4 de este documento.

3.3.11. Riesgos por fuerza mayor

Los riesgos por fuerza mayor son definidos como eventos que están fuera del control de las partes, y su ocurrencia otorga el derecho de solicitar la suspensión de las obligaciones estipuladas en el contrato. Los eventos temporales de fuerza mayor, que causen demoras, pueden a menudo ser resueltos asignando los costos entre las partes. Eventos graves de fuerza mayor pueden conducir a la interrupción de la ejecución del proyecto.

- Fuerza mayor asegurable: estos se refieren al impacto adverso que sobre la ejecución u operación del proyecto tengan hechos cubiertos por pólizas. Estos incluyen terremotos, inundaciones, incendios y sequías, entre otros. Normalmente este tipo de riesgos de fuerza mayor son asegurables, por lo tanto, este riesgo estará a cargo del inversionista privado.
- Eventos eximentes de responsabilidad y fuerza mayor no asegurable²⁴: se refiere a aquellos eventos que están fuera del control de las partes, como actos de terrorismo, guerras o eventos que alteren el orden público, o hallazgos arqueológicos en los predios de las infraestructuras, de minas o yacimientos. Con el objeto de delimitar el riesgo ante este tipo de situaciones no asegurables, y para facilitar la financiación y desarrollo del proyecto, ante la ocurrencia de eventos eximentes de responsabilidad, se podrá pactar una compensación que reconozca los costos ociosos en los que haya incurrido el privado, compensación que en ningún caso se incluirán valores correspondientes a lucro cesante. Así, se hace necesario contemplar herramientas contractuales de declaratoria de eventos eximentes de responsabilidad por situaciones de fuerza mayor no asegurable o caso fortuito. Por esta razón, la asignación de este riesgo es compartida para lo cual operará lo establecido al numeral 4 de este documento.

4. MECANISMOS DE COMPENSACIÓN POR RIESGOS

En los proyectos que se presenten riesgos compartidos entre las partes se acudirá, en primera medida, a los mecanismos de compensación establecidos en el respectivo contrato. una vez agotados dichos mecanismos, los sobrecostos y demás compensaciones que surjan

²⁴ Incluyendo contractualmente: fuerza mayor ambiental, fuerza mayor obtención de licencias y permisos, fuerza mayor por redes, entre otros.

como consecuencia de la materialización de los riesgos compartidos deberán ser asumidos por el privado, sin que esto se configure como una causal de terminación anticipada.

Lo anterior sin perjuicio que el privado tenga la posibilidad de recobrar tales valores, en el evento en que los mecanismos de compensación a cargo del público sean alimentados nuevamente durante la vigencia del contrato. Llegada la liquidación o terminación del contrato y habiendo valores no compensados, estos serán asumidos por el privado y no procederá ningún tipo de compensación por parte de la entidad contratante. De igual forma, los montos por concepto de riesgos asumidos por el privado no serán tenidos en cuenta en el pago de terminación anticipada del contrato, si a ello hubiese lugar.

Teniendo en cuenta que la materialización de algunos de los riesgos compartidos puede obstaculizar la normal ejecución de estos contratos, se recomienda dotar el Ministerio de Cultura con unas subcuentas²⁵ dentro del patrimonio autónomo para compensar los riesgos a su cargo o compartidos.

En los proyectos de patrimonio cultural sumergido de iniciativa privada sin desembolsos de recursos públicos, los mecanismos para el reconocimiento de la compensación por riesgos compartidos podrán ser:

- Una Subcuenta de Excedentes del Ministerio de Cultura que se fondeará con los excedentes o remanentes de otras subcuentas del patrimonio autónomo, según corresponda, además de las multas, deducciones y descuentos a que haya lugar durante la ejecución del contrato, entre otros.
- Una Subcuenta de Bienes No Patrimoniales de la nación, dentro de los límites de la ley. En la cual se relacionará el inventario de bienes que cumplan con las siguientes condiciones: (i) que el CNPC haya determinado que no son patrimonio cultural de la nación, atendiendo los criterios establecidos en el artículo 3 de la Ley 1675 de 2013; (ii) que no hagan parte de la retribución al privado, y (iii) que correspondan a la diferencia entre el 50 % de los bienes no patrimoniales y el porcentaje que corresponda como retribución al privado.
- Incremento del valor de la tarifa de recaudo²⁶ y otros ingresos por actividad comercial.

5. MECANISMOS DE RETRIBUCIÓN AL INVERSIONISTA PRIVADO

La entidad contratante será la encargada de fijar el porcentaje de la remuneración, para lo cual deberá tener en cuenta los siguientes criterios:

²⁵ En concordancia con el Decreto 2043 de 2015, compilado en el Decreto 1082 de 2015.

²⁶ Cobro que se podría hacer en los museos o infraestructura cultural que pueda explotarse comercialmente.

- Complejidad técnica del proyecto.
- Inversión requerida para desarrollar las actividades bajo estándares de calidad y niveles de servicio óptimos.
- Los riesgos asociados al desarrollo del proyecto, que sean transferidos al privado.
- La cantidad de bienes que se espera recuperar y puedan ser considerados como no patrimoniales.
- Ingresos por fuentes complementarias de retribución al privado como el recaudo tarifa de infraestructura para la divulgación o ingresos por explotación comercial.

El porcentaje de remuneración en bienes no patrimoniales o su equivalente en dinero, deberá fijarse en escalas o rangos conforme a los criterios antes señalados, buscando compensar costos, y tener una tasa de retorno adecuada al privado.

6. PROCESO DE CONTRATACIÓN²⁷

El proceso de contratación se seguirá rigiendo de conformidad con las disposiciones legales sobre contratación estatal y los esquemas de asociación público-privada de la Ley 1508 de 2012 y por los lineamientos establecidos en el Documento CONPES 3107, en cuanto a las condiciones mínimas de los oferentes, promoción de los procesos, plazo para elaboración de propuestas y divulgación de bases contractuales, criterios de selección y terminación anticipada de los contratos, así como por la normativa vigente aplicable. Adicionalmente, en eventos de terminación anticipada, los eventuales montos de la liquidación podrán pactarse con cargo del presupuesto de la entidad contratante.

²⁷ Las recomendaciones señaladas en el presente documento se efectúan en los términos del parágrafo del artículo 1 de la Ley 448 de 1998, concordante con el artículo 2.4.1.12 del Decreto 1068 de 2015 y la Ley 1508 de 2012, esto sin perjuicio de la responsabilidad que les asiste a los órganos presupuestales en los procesos de contratación estatal en donde se debe considerar lo dispuesto en artículo 110 del Decreto 111 de 1996. Los mecanismos jurídicos de ejecución contractual son competencia de las entidades ejecutoras de los proyectos de inversión.

Decreto 111 de 1996. "Artículo 110. Los órganos que son una sección en el Presupuesto General de la Nación tendrán la capacidad de contratar y comprometer a nombre de la persona jurídica de la cuál hagan parte, y ordenar el gasto en desarrollo de las apropiaciones incorporadas en la respectiva sección, lo que constituye la autonomía presupuestal a que se refieren la Constitución Política y la ley. Estas facultades estarán en cabeza del jefe de cada órgano quien podrá delegarlas en funcionarios del nivel directivo o quien haga sus veces, y serán ejercidas teniendo en cuenta las normas consagradas en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y en las disposiciones legales vigentes. (...)".

7. RECOMENDACIONES

El Ministerio de Cultura, Ministerio de Hacienda y Crédito Público y el Departamento Nacional de Planeación recomiendan al Consejo Nacional de Política Económica y Social:

1. Aprobar las directrices de la política de riesgo contractual del Estado y política pública que se recomienda tener en cuenta por parte las entidades estatales en proyectos de patrimonio cultural sumergido bajo el esquema de asociación público-privada de iniciativa privada establecidos en el presente documento CONPES.
2. Solicitar al Ministerio de Cultura que, en el marco del análisis y aceptación de iniciativas privadas de patrimonio cultural sumergido, definan los mecanismos apropiados para dar un valor a los bienes no patrimoniales que hacen parte de la retribución del inversionista privado o que puedan usarse para la compensación de riesgos; garantizando un balance entre la tasa de retorno adecuada al privado y los intereses de la nación.
3. Solicitar a las entidades estatales, en particular al Ministerio de Cultura y al Instituto Colombiano de Antropología e Historia (ICANH), adoptar los lineamientos contenidos en el presente documento CONPES, en la validación de proyectos de patrimonio cultural sumergido bajo el esquema de APP de iniciativa privada, así como incluirlos en los documentos contractuales que se pacten para el desarrollo de este tipo de proyectos.

8. BIBLIOGRAFÍA

Banco de Desarrollo de América Latina. (2015). Asociación Publica Privada en América Latina: Aprendiendo de la experiencia. Corporación Andina de Fomento.

Chaunu, Pierre y Huguette (1955-1959). Seville et l'Atlantique: (1504-1650), Paris: Librairie Armand Colin.

Fernández González, Francisco. Los Barcos de la Conquista: Anatomía de un Proto-Galeón de Indias. Reconstitución conjetural del "Exvoto de Uretra", consultado en <https://dialnet.unirioja.es/download/articulo/206303.pdf>.

Rodríguez Aguilar, Iván J. ¿Especies náufragas: patrimonio cultural y factor de desarrollo económico y social?, Memorias, No 12 (2010), versión On-line ISSN 1794-8886 n.º 12, enero-julio de 2010, consultado en <http://rcientificas.uninorte.edu.co/index.php/memorias/article/viewArticle/732/5143>.

Secretaría General del Congreso de la República de Colombia. (2002). Gaceta 164.