

Documento CONPES

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



3961

LINEAMIENTOS DE POLÍTICA DE RIESGO CONTRACTUAL DEL ESTADO PARA PROYECTOS DE SISTEMAS FÉRREOS DE PASAJEROS COFINANCIADOS POR LA NACIÓN

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

Versión aprobada

Bogotá, D.C., 28 de mayo de 2019

CONSEJO NACIONAL DE POLÍTICA ECONÓMICA Y SOCIAL CONPES

Iván Duque Márquez
Presidente de la República

Marta Lucía Ramírez Blanco
Vicepresidenta de la República

Nancy Patricia Gutiérrez Castañeda
Ministra del Interior

Carlos Holmes Trujillo García
Ministro de Relaciones Exteriores

Alberto Carrasquilla Barrera
Ministro de Hacienda y Crédito Público

Juan Francisco Espinosa Palacios
Ministro de Justicia y del Derecho (E)

Guillermo Botero Nieto
Ministro de Defensa Nacional

Andrés Valencia Pinzón
Ministro de Agricultura y Desarrollo Rural

Juan Pablo Uribe Restrepo
Ministro de Salud y Protección Social

Alicia Victoria Arango Olmos
Ministra de Trabajo

María Fernanda Suárez Londoño
Ministra de Minas y Energía

José Manuel Restrepo Abondano
Ministro de Comercio, Industria y Turismo

María Victoria Angulo González
Ministra de Educación Nacional

Ricardo José Lozano Picón
Ministro de Ambiente y Desarrollo Sostenible

Jonathan Malagón González
Ministro de Vivienda, Ciudad y Territorio

Sylvia Cristina Constaín Rengifo
Ministra de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones

Ángela María Orozco Gómez
Ministra de Transporte

Carmen Inés Vásquez Camacho
Ministra de Cultura

Gloria Amparo Alonso Másmela
Directora General del Departamento Nacional de Planeación

Rafael Puyana Martínez-Villalba
Subdirector General Sectorial

Diego Rafael Dorado Hernández
Subdirector General Territorial

Resumen ejecutivo

El desarrollo de infraestructura con vinculación de participación privada se remonta a mediados de la década de 1990, con la estructuración y ejecución de los proyectos enmarcados en la primera generación de concesiones viales. Paralelamente, entre 1998 y 2001, se expidió el marco normativo sobre el régimen de obligaciones contingentes de las entidades estatales con el fin de implantar un sistema basado en un criterio preventivo de disciplina fiscal, que permitiera aprovisionar los recursos necesarios para atender las obligaciones contingentes previo a su materialización, y evitar así la volatilidad en el Presupuesto General de la Nación y las entidades territoriales.

Dicho sistema se materializó a través del Fondo de Contingencias de las Entidades Estatales. Para el caso de obligaciones contingentes contractuales, el mencionado fondo se ha utilizado principalmente en proyectos de infraestructura vial, dado que son los únicos que se han desarrollado con participación privada, aplicando la normatividad descrita en la Ley 448 de 1998¹ y sus decretos reglamentarios.

En Colombia, desde el año 2004, de manera oficial y transparente, se relacionan en el Marco Fiscal de Mediano Plazo los pasivos contingentes que podrían afectar la estabilidad financiera del país. Lo anterior, teniendo en cuenta que las obligaciones contingentes de mayor importancia se generan a partir de desastres naturales, garantías otorgadas para la construcción de infraestructura con participación privada, garantías concedidas en operaciones de crédito público, procesos judiciales contra el Estado y los capitales exigibles por los organismos multilaterales.

De manera consecuente, durante los últimos veinte años se han venido desarrollando una serie de lineamientos sobre manejo del riesgo contractual del Estado para procesos de participación privada en infraestructura contenidos en diferentes documentos CONPES². No obstante, tales lineamientos presentan limitaciones para el caso de sistemas férreos debido a que este tipo de proyectos incluyen multimodalidad con otros componentes del sistema de

² Documento CONPES 3107 *Política de Manejo de Riesgo Contractual del Estado para Procesos de Participación Privada en Infraestructura*; 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 de abril de 2001*; Documento CONPES 3760 *Proyectos viales bajo el esquema de asociaciones público privadas: cuarta generación de concesiones viales*; y Documento CONPES 3807 *Modificación al Documento CONPES 3107: "Política de manejo de riesgo contractual del estado para procesos de participación privada en infraestructura"*. Los documentos se encuentran disponibles en <https://www.dnp.gov.co/CONPES/documentos-conpes/Paginas/documentos-conpes.aspx>.

transporte masivo. Además, al ser proyectos de gran envergadura implican un análisis particular del balance entre riesgo y retorno para el inversionista, de manera que permita procesos de contratación competitivos. En este sentido, los lineamientos vigentes no se encuentran actualizados para el desarrollo de proyectos férreos de pasajeros cofinanciados por la Nación y las eficiencias que se pueden capturar en estos.

Por otro lado, el Gobierno nacional, a través de la Ley 310 de 1996³ y la Ley 1753 de 2015⁴, ha buscado impulsar el desarrollo de proyectos férreos de transporte de pasajeros con el fin de complementar los sistemas de transporte masivo de cada ciudad, a través de la cofinanciación de la construcción y el material rodante.

En este contexto se hace necesario determinar los lineamientos de política de riesgo contractual que deben seguir las entidades estatales al estructurar proyectos férreos de pasajeros cofinanciados por la Nación, con participación de capital privado en infraestructura y, de manera específica, en lo concerniente a los riesgos que puedan asumir contractualmente como obligaciones contingentes, de acuerdo con lo establecido en la sección II del Decreto 423 de 2001⁵ (compilado en el Decreto 1068 de 2015)⁶. En particular, resulta fundamental orientar y recomendar una estructura de asunción de riesgos en la cual se establezcan los riesgos que podría asumir la entidad estatal contratante y los que podrían ser transferidos al inversionista privado.

Los lineamientos definidos en este documento serán utilizados en la estructuración, contratación y seguimiento contractual, únicamente en proyectos férreos de transporte de pasajeros que sean cofinanciados por parte de la Nación.

Clasificación: L92, H54

Palabras clave: cofinanciación, riesgos, obligación contingente, lineamientos de política, sistemas férreos de pasajeros.

³ Por medio de la cual se modifica la Ley 86 de 1989.

⁴ Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 "Todos por un nuevo país".

⁵ Por el cual se reglamentan parcialmente las Leyes 448 de 1998 y 185 de 1995.

⁶ Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Hacienda y Crédito Público.

TABLA DE CONTENIDO

1. INTRODUCCIÓN	8
2. ANTECEDENTES Y JUSTIFICACIÓN.....	10
2.1. Antecedentes normativos	10
2.2. Justificación.....	15
3. DEFINICIÓN DE LOS LINEAMIENTOS PARA LA DISTRIBUCIÓN DE RIESGOS.....	17
3.1. Objetivo	17
3.2. Esquema de distribución de riesgo contractual del Estado para proyectos férreos de pasajeros cofinanciados por la Nación.....	17
3.2.1. Riesgo comercial	18
3.2.2. Riesgo de diseño	19
3.2.3. Riesgo de construcción	19
3.2.4. Riesgo predial	21
3.2.5. Riesgo ambiental, social y de patrimonio cultural	22
3.2.6. Riesgo de operación y mantenimiento.....	24
3.2.7. Riesgo cambiario.....	24
3.2.8. Riesgos económicos	25
3.2.9. Riesgos financieros y de liquidez.....	26
3.2.10. Riesgo de cambio regulatorio.....	26
3.2.11. Fuerza mayor.....	28
3.3. Mecanismos de compensación de riesgos a cargo de la entidad estatal	29
4. RECOMENDACIONES.....	30

ÍNDICE DE TABLAS

Tabla 1. Evolución criterios de asignación de riesgos infraestructura vial, 2000-2013 14

SIGLAS Y ABREVIACIONES

APP	Asociación público-privada
BIC	Bienes de interés cultural
CONPES	Consejo Nacional de Política Económica y Social
FCEE	Fondo de Contingencias de las Entidades Estatales
IPC	Índice de precios al consumidor
TES	Títulos de deuda pública

1. INTRODUCCIÓN

El régimen de obligaciones contingentes⁷ ha cobrado relevancia a partir de la expedición de la Ley 448 de 1998⁸ y su Decreto Reglamentario 423 de 2001⁹ (compilado en el Decreto 1068 de 2015¹⁰). En este se define un sistema para el manejo de tales obligaciones con base en un criterio de disciplina fiscal, el cual consiste en una provisión preventiva de recursos, con el fin de que la entidad contratante pague oportunamente la materialización de las obligaciones contingentes a su cargo, sin afectar otros rubros presupuestales¹¹. Así mismo, a través del mencionado régimen, se crea el Fondo de Contingencias de las Entidades Estatales (FCEE), el cual se constituye como un sistema de manejo de los recursos transferidos de las entidades aportantes en la forma y cuantía previstas en el plan de aportes para atender el cumplimiento de las obligaciones contingentes asumidas en el contrato identificadas para cada riesgo¹².

Aunado a lo anterior, en la sección II del mencionado decreto, se otorga la facultad al Consejo de Política Económica y Social (CONPES) para orientar las directrices que deben seguir las entidades estatales al estructurar proyectos con participación de capital privado en infraestructura y, de manera específica, en lo concerniente a los riesgos que puedan asumir contractualmente como obligaciones contingentes¹³. Esto, como se ha señalado desde el Documento CONPES 3107 *Política de Manejo de Riesgo Contractual del Estado para Procesos de Participación Privada en Infraestructura*¹⁴, implica que una asignación adecuada de los riesgos es aquella que minimiza el costo de su mitigación, lo cual se logra asignando cada riesgo a la parte que mejor lo controla. Los riesgos deben ser identificados y asignados claramente a las partes en los contratos.

⁷ El régimen de obligaciones contingentes hace referencia al manejo fiscal y presupuestal que deben seguir las entidades respecto a los pagos y apropiaciones necesarias para cubrir las posibles pérdidas que pueden enfrentar ante la materialización de las obligaciones a su cargo.

⁸ 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.

⁹ Por el cual se reglamentan parcialmente las Leyes 448 de 1998 y 185 de 1995.

¹⁰ Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Hacienda y Crédito Público.

¹¹ Decreto 423 de 2001 (Compilado Decreto 1068 de 2015). Artículo 1: "*De las finalidades del régimen*".

¹² Decreto 423 de 2001 (Compilado Decreto 1068 de 2015). Artículo 4: "*Del fondo de contingencias contractuales de las entidades estatales*".

¹³ Decreto 423 de 2001 (Compilado Decreto 1068 de 2015). Artículo 16: "*Del diseño de la política de riesgo contractual del Estado*".

¹⁴ Disponible en <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Conpes/Econ%C3%B3micos/3107.pdf>.

Lo anterior resulta fundamental teniendo en cuenta que, en aquellos proyectos en los cuales se cuenta con un esquema de participación privada, la distribución adecuada de los riesgos es un componente primordial que puede afectar significativamente su relación costo-beneficio. Por esta razón, se reconoce la importancia de contar con lineamientos actualizados respecto a los riesgos que puede asumir el sector público en cada tipo de proyecto.

En cumplimiento de lo anterior, en el año 2001, se expidieron dos documentos tendientes a definir los lineamientos generales de política de riesgo contractual del Estado para procesos de participación privada en infraestructura: el Documento CONPES 3107 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 de abril de 2001*¹⁵. En dichos documentos se incluyeron lineamientos aplicables a los sectores de transporte, energía, comunicaciones y agua y saneamiento básico.

Posteriormente, en línea con la estructuración de proyectos bajo el esquema de asociaciones público-privadas (APP)¹⁶, se observó la necesidad de modificar ciertos lineamientos de riesgos en proyectos viales y en proyectos aeroportuarios, por lo cual, se expidieron el Documento CONPES 3760 *Proyectos viales bajo el esquema de asociaciones público privadas: cuarta generación de concesiones viales*¹⁷, el Documento CONPES 3800 *Modificación al Documento CONPES 3760: "Proyectos viales bajo el esquema de asociaciones público privadas: cuarta generación de concesiones viales"*¹⁸ y el Documento CONPES 3807 *Modificación al Documento CONPES 3107: "Política de manejo de riesgo contractual del Estado para procesos de participación privada en infraestructura"*¹⁹.

Recientemente los arreglos normativos propuestos por el Gobierno nacional, a través de la Ley 1753 de 2015²⁰, y en consonancia con la Ley 310 de 1996²¹, han impulsado la estructuración y la ejecución de proyectos en el modo férreo, y más específicamente para el transporte de pasajeros. Dichos proyectos resultan relevantes, en la medida en que se configuran como un componente del sistema de transporte masivo de pasajeros y, por tanto, contribuyen al mejoramiento de los sistemas de transporte público.

¹⁵ Disponible en <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Conpes/Econ%C3%B3micos/3133.pdf>.

¹⁶ Ley 1508 de 2012. Por el cual se establece el régimen jurídico de las asociaciones público-privadas.

¹⁷ Disponible en <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Conpes/Econ%C3%B3micos/3760.pdf>.

¹⁸ Disponible en <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Conpes/Econ%C3%B3micos/3800.pdf>.

¹⁹ Disponible en <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Conpes/Econ%C3%B3micos/3807.pdf>.

²⁰ Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 "Todos por un nuevo país".

²¹ Por medio de la cual se modifica la Ley 86 de 1989.

A su vez, se ha observado que los documentos CONPES expedidos previamente no reflejan en forma integral una propuesta que recoja las particularidades que podrían presentarse en proyectos férreos de transporte de pasajeros cofinanciados por la Nación. Por esta razón, resulta fundamental generar recomendaciones y lineamientos específicos en los cuales se reconozcan las particularidades que afectan la asignación de los riesgos en el proceso de estructuración, contratación y seguimiento de proyectos férreos de transporte con participación privada cofinanciados por la Nación. Por ejemplo, el cambio regulatorio tributario debería estar compartido con la entidad pública, teniendo en cuenta la historia de cambios en los impuestos que pueden afectar a los inversionistas extranjeros, quienes frecuentemente desarrollan este tipo de proyectos. Así mismo, cuando el inversionista privado no tiene control sobre la demanda de pasajeros y sus ingresos asociados, la entidad pública es quien se encuentra en mayor capacidad de gestionar dicho riesgo, y alinear las políticas del sistema de transporte masivo, incluyendo el componente férreo.

Este documento se compone de cuatro secciones, incluida la presente introducción. La segunda sección presenta los antecedentes y justificación de política de riesgo contractual del Estado. La tercera incluye el objetivo general y los lineamientos para la asignación de las áreas de riesgos, así como los mecanismos de compensación de riesgos aplicables. Finalmente, en la cuarta sección, se presentan las recomendaciones al CONPES.

2. ANTECEDENTES Y JUSTIFICACIÓN

2.1. Antecedentes normativos

La participación privada en infraestructura se remonta a principios de la década de 1990, cuando se expide la Ley 1 de 1991²², la cual regula que las empresas privadas puedan constituir sociedades portuarias para construir, mantener, operar puertos y prestar los servicios portuarios asociados. Posteriormente, a través del artículo 365 de la Constitución Política de Colombia de 1991 se permitió que inversionistas privados participaran en proyectos de servicios públicos y desarrollo de infraestructura²³.

²² Por la cual se expide el Estatuto de Puertos Marítimos y se dictan otras disposiciones.

²³ Constitución Política de Colombia de 1991. Artículo 365: *Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional. Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios. Si por razones de soberanía o de interés social, el Estado, mediante ley aprobada por la mayoría de los miembros de una y otra cámara, por iniciativa del Gobierno*

Posteriormente, en el año 1993 se expidieron normas que regularon en mayor medida la participación privada para la prestación de ciertos servicios. En primer lugar, se sanciona la Ley 80 de 1993²⁴, que tiene como propósito regular las normas de contratación pública en Colombia. Esta ley introduce la definición de contrato de concesión que resulta en el punto de partida para el desarrollo de la primera, segunda y tercera generación de concesiones viales²⁵. Además, se expidió la Ley 185 de 1995²⁶ con el propósito de impulsar en mayor medida la participación privada en infraestructura y la figura de concesión. En este sentido, se otorgan facultades al Ministerio de Hacienda y Crédito Público para emitir los lineamientos en los procesos de participación privada en proyectos de infraestructura, de manera que se aseguren los términos financieros más convenientes para el país.

En efecto durante el primer lustro de la década de 1990, se impulsó en gran medida regulación para el desarrollo de infraestructura a través de asociación con el inversionista privado. Sin embargo, las entidades estatales en el marco de los contratos de concesión pactaron obligaciones contingentes a su cargo, por ejemplo, ingresos mínimos garantizados y mayores cantidades de obra, entre otros, las cuales no se reflejaban en un rubro presupuestal independiente y, por tanto, no se hacían explícitas dentro de las obligaciones de pago de las entidades contratantes. Por tanto, no era posible cuantificar el impacto explícito que tenían las contingencias materializadas en los presupuestos de las entidades estatales, particularmente, en el presupuesto del Gobierno nacional. Esto conllevó a que varias de las contingencias materializadas se pagaran a través de títulos de deuda pública (TES), generando un deterioro en los indicadores de sostenibilidad de la deuda pública y las calificaciones de riesgo crediticio del país.

decide reservarse determinadas actividades estratégicas o servicios públicos, deberán indemnizar previa y plenamente a las personas que, en virtud de dicha ley, queden privadas del ejercicio de una actividad lícita.

²⁴ Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

²⁵ Ley 80 de 1993. Artículo 32-numeral 4°: Contrato de concesión. *Son contratos de concesión los que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden.*

²⁶ Por la cual se autorizan operaciones de endeudamiento interno y externo de la Nación, se autorizan operaciones para el saneamiento de obligaciones crediticias del sector público, se otorgan facultades y se dictan otras disposiciones.

Para el caso específico de contingencias relacionadas con contratos de infraestructura, ante la materialización de los riesgos a cargo del público se generaron demandas en contra del Estado y acuerdos de pago a través de TES, con el fin de pagar dichos montos al inversionista privado. Por ejemplo, en el año 1998, el monto pagado por demandas en contra del Instituto Nacional de Vías (Invías) por dicho concepto, ascendió a 62.523 millones de pesos, que equivale a 0,04 % del PIB del año 1998²⁷; por su parte, los acuerdos de pago firmados previo al año 1998 y que continúan vigentes, que tenían como objeto asegurar la compensación al inversionista privado de los riesgos de ingreso mínimo garantizado y diferencial tarifario, han generado erogaciones por un valor equivalente a 992.527 millones de pesos²⁸. Adicional a lo anterior, se generaron renegociaciones de contratos con el fin de compensar al privado por el desequilibrio económico del contrato.

De acuerdo con lo anterior, desde el año 1993 hasta el 2007, tres agencias calificadoras (Moody's, Standard & Poors y Fitch) disminuyeron la calificación de deuda soberana del país de niveles BBB-/Baa2 a BB/Ba2, lo cual implicó eliminar el grado de inversión de la deuda. Este efecto esto puede ser en parte explicado por las emisiones de deuda pública que se realizaron para cubrir conceptos tales como, pago de contingencias materializadas y demandas en contra del Estado por parte del inversionista privado, adicional a la crisis financiera y otras presiones macroeconómicas que ocurrieron en el mencionado periodo en el país.

Es así como, con la expedición de la Ley 448 de 1998, se creó el régimen de obligaciones contingentes aplicable a entidades del Gobierno nacional y entidades territoriales²⁹. Así mismo, se implantó el FCEE que tiene por objeto atender las obligaciones contingentes de las entidades estatales y, en este sentido, se determinó que la Dirección General de Crédito Público y Tesoro Nacional del Ministerio de Hacienda y Crédito Público es el órgano encargado de aprobar las valoraciones de dichas obligaciones, así como sus aportes al mencionado fondo. El objetivo principal del régimen de obligaciones contingentes es contar con un marco de política claro para su manejo basado en un criterio preventivo de disciplina fiscal, en la medida en que se realizan provisiones preventivas de recursos en el FCEE, con el fin de que la entidad contratante pague oportunamente la materialización de las obligaciones contingentes a su cargo, sin afectar otros rubros presupuestales.

Con el fin de reglamentar la Ley 448 de 1998 y la Ley 185 de 1995, se expidió el Decreto 423 de 2001 (compilado en el Decreto 1068 de 2015). En dicho decreto, se

²⁷ Cifras en pesos constantes de 1998.

²⁸ Cifras en pesos corrientes.

²⁹ Ley 448 de 1998. Artículo 1. Parágrafo: *para efectos de la presente ley se entiende por obligaciones contingentes las obligaciones pecuniarias sometidas a condición.*

mencionan aspectos relevantes para el manejo de obligaciones contingentes tales como: (i) sectores de riesgos, entre los que se destaca, la infraestructura de transporte que se desarrolla a través de los contratos de concesión y de participación privada mencionados en la Ley 185 de 1995, (ii) entidades estatales sometidas al régimen de obligaciones contingentes, (iii) aspectos presupuestales, referente a la preparación e inclusión de dichas contingencias dentro del rubro de servicio de la deuda, (iv) aprobación de la valoración de obligaciones contingentes por parte de la Dirección General de Crédito Público y Tesoro Nacional del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, y (v) diseño de plan de aportes al FCEE, el cual es resultado de la valoración de obligaciones contingentes.

Así mismo, la sección II de dicho decreto reglamentario menciona la importancia de la política de riesgo contractual del Estado y define aspectos relevantes para el desarrollo y aplicación de la política en mención. En primer lugar, define que, las entidades estatales deberán someterse a la política de riesgo contractual, en la cual se definen los principios, pautas e instrucciones que determine el Gobierno nacional, para la estipulación de obligaciones contingentes a su cargo³⁰. En segundo lugar, otorga al CONPES la facultad de orientar y recomendar las directrices que deben seguir las entidades estatales al estructurar proyectos, con participación de capital privado en infraestructura y, de manera específica, en lo concerniente a los riesgos que puedan asumir contractualmente como obligaciones contingentes a partir del principio que las entidades estatales deben asumir los riesgos que se adecuen a su carácter público y según su objeto social³¹. Finalmente, otorga la responsabilidad a las dependencias de planeación de conceptuar sobre la adecuación de los contratos a la política de riesgo contractual del Estado³².

En cumplimiento de lo anterior, en el año 2001, se expidieron los lineamientos de la política de riesgo contractual del Estado para proyectos de infraestructura en los que se contaba con participación privada, como era el caso de los sectores de transporte, energía, comunicaciones y agua y saneamiento básico. En el Documento CONPES 3107 se estipularon diez áreas de riesgos: construcción, comercial, operación, financieros, regulatorios, fuerza mayor, adquisición de predios, ambiental, soberano o político y cambiario; así mismo, se definieron los lineamientos de asignación de las áreas de riesgo, entre el sector público y el inversionista privado. Por su parte, el Documento CONPES 3133 realizó una modificación a los lineamientos derivada de obligaciones ambientales. Los

³⁰ Decreto 423 de 2001. Artículo 15: De la política de riesgo contractual del Estado.

³¹ Decreto 423 de 2001. Artículo 16: Del diseño de la política de riesgo contractual del Estado.

³² Decreto 423 de 2001. Artículo 18: Del concepto de las dependencias de planeación sobre adecuación a la política de riesgo contractual del Estado.

lineamientos mencionados aún se encuentran vigentes y siguen siendo aplicables a los proyectos que se encuentran en etapa de estructuración y ejecución.

A través de la Ley 1508 de 2012 y sus decretos reglamentarios, se reglamentó en Colombia el esquema de APP. Bajo dicha norma, se estructuraron los proyectos de cuarta generación de concesiones viales y aeropuertos. Teniendo en cuenta el nuevo esquema de participación privada reglamentado en Colombia y la magnitud de los proyectos estructurados, se observaron ciertas limitaciones en los lineamientos de política de riesgo contractual del Estado, por lo cual se expidieron el Documento CONPES 3760, el Documento CONPES 3800 y el Documento CONPES 3807, con el fin de generar directrices actualizadas y conseguir el desarrollo apropiado del programa de concesiones viales de 4G.

Por consiguiente, en dichos documentos se introdujeron lineamientos específicos respecto a los riesgos asociados con cambios regulatorios, riesgo predial, riesgo comercial, riesgo ambiental, riesgo de redes y riesgo financiero, con el fin de actualizarlos a la política de contratación del país. Es importante reiterar que dichos documentos CONPES aplican únicamente para proyectos priorizados en el documento de concesiones viales 4G y para el sector aeroportuario.

En la Tabla 1 se muestra la evolución de la política en términos de proyectos de infraestructura vial desde la tercera generación de concesiones viales, firmadas en 2000 hasta la cuarta generación de concesiones viales firmadas en 2013. Algunos de los principales cambios son: (i) discriminar el riesgo de redes, teniendo en cuenta la complejidad de esta actividad en la construcción y compartir el sobre costo asociado entre la entidad contratante y el privado, y (ii) el cambio tributario se pactó como compartido, teniendo en cuenta la historia reciente del país de cambios en impuestos, por lo cual era necesario que la entidad contratante otorgara una seguridad en la compensación.

Tabla 1. Evolución criterios de asignación de riesgos infraestructura vial, 2000-2013

Riesgo	Tercera generación (2000)		Cuarta generación (2013)	
	Público	Privado	Público	Privado
Peajes e incremento de tarifas (%)	100		100	
Fuerza mayor no asegurable (%)	100		100	
Tráfico (%)	100		100	
Riesgo cambiario	Vigencias futuras en dólares	Otros riesgos cambiarios	Vigencias futuras en dólares	Otros riesgos cambiarios

Riesgo	Tercera generación (2000)		Cuarta generación (2013)	
	Público	Privado	Público	Privado
Ambiental/predial	Parcial (únicamente sobrecostos)	Parcial (únicamente gestión)	Parcial (sobrecostos compartidos)	Parcial (sobrecostos compartidos+ gestión)
Redes	No se encontraba identificado separadamente		Parcial (sobrecostos compartidos)	Parcial (sobrecostos compartidos+ gestión)
Diseño y construcción (%)		100		100
Cambio tributario (%)		100	Compartido	Compartido
Financiación (%)		100		100
Fuerza mayor asegurable (%)		100		100

Fuente: Dirección General de Crédito Público y Tesoro Nacional del Ministerio de Hacienda y Crédito Público (2019).

2.2. Justificación

Tal como se ha expuesto anteriormente, la participación privada en infraestructura se ha enfocado principalmente en el sector vial. Sin embargo, recientemente las ciudades capitales y los departamentos demandan el desarrollo de proyectos férreos para el transporte de pasajeros, los cuales harán parte del sistema de transporte masivo de pasajeros de la ciudad y de la región. Por su parte desde el Gobierno nacional, a través de la Ley 1753 de 2015, propuso la cofinanciación de dichos sistemas incluyendo el componente férreo, en el marco de la Ley 310 de 1996. Lo anterior con el fin de impulsar la estructuración, la ejecución y la implementación de este tipo de proyectos, fortalecer los sistemas de transporte público, así como mejorar la calidad de vida, la productividad y las condiciones ambientales.

En respuesta al interés de adelantar proyectos de sistemas férreos de pasajeros cofinanciados por la Nación y en los que se involucren esquemas de participación privada, resulta fundamental emitir una política de riesgo contractual del Estado que reconozca las características de este tipo de proyectos y de sus riesgos asociados.

En primer lugar, el desarrollo de este tipo de proyectos ocurre en cumplimiento de un mandato legal, a través del cual el Estado se obliga a prestar el servicio público, dado que es inherente a su finalidad social. En este sentido, es primordial utilizar los proyectos férreos como un componente del sistema de transporte de las ciudades y regiones que permita el mejoramiento en la movilidad, la calidad del aire y la productividad.

En segundo lugar, dichos proyectos implican costos de inversión fija y operación sustanciales; por tanto, se requiere un balance adecuado entre riesgo y retorno al inversionista, de tal forma que este tipo de proyectos sean fácilmente financiados, promuevan la competencia del sector privado, alineen los incentivos adecuadamente, se ejecuten de manera efectiva y se cumplan los cronogramas.

En tercer lugar, es importante generar lineamientos claros para las entidades estatales en relación con los riesgos que pueden asumir en el marco de estos proyectos, de conformidad con el objeto social para el cual la entidad fue creada.

Finalmente, el mercado de instrumentos financieros recientemente ha desarrollado mecanismos de aseguramiento, tales como coberturas, garantías, seguros, entre otros, que permiten al privado asumir mayor proporción del riesgo y mitigarlo a través del uso de estos mecanismos, en este tipo de proyectos.

Es así como, los proyectos férreos de pasajeros difieren en varios puntos respecto a los proyectos viales tradicionales, por lo cual la política de riesgo contractual establecida en los documentos CONPES requiere ser actualizada conforme al desarrollo de este tipo de proyectos y a la realidad de la contratación del país. Actualmente, los lineamientos vigentes y aplicables no contemplan las particularidades que podrían presentarse en estos proyectos. A continuación, se presentan algunos ejemplos:

- En primer lugar, la prestación del servicio público de pasajeros depende en gran medida de las políticas aplicables por parte de la entidad estatal, la cual tiene influencia directa sobre la demanda del servicio de transporte público, por lo tanto, el inversionista privado no tiene manejo sobre este riesgo.
- En segundo lugar, en aras de contribuir al desarrollo del proyecto y minimizar los costos de transferencia de riesgos, en algunos casos la entidad pública puede encargarse de la obtención de los predios para el proyecto, por lo cual, en ciertos eventos podría ser más eficiente que el inversionista reciba la gestión predial terminada en lugar de ocuparse de ella.
- Finalmente, ante cambios normativos, especialmente en aspectos tributarios, resulta necesario analizar la posibilidad de otorgar mayor certidumbre al inversionista privado en caso de ocurrir dichas modificaciones.

De esta forma, las entidades territoriales en cabeza de quien actúe como la entidad contratante, asumirán los riesgos conforme al objeto para el cual fueron creadas y transferirán aquellos riesgos que el sector privado está en capacidad de controlar y gestionar. Es importante mencionar que una adecuada asignación de riesgos optimiza el uso de los

recursos públicos, promueve la competencia y la participación del sector privado en proyectos de interés nacional.

3. DEFINICIÓN DE LOS LINEAMIENTOS PARA LA DISTRIBUCIÓN DE RIESGOS

En la presente sección se presenta la política de riesgo contractual del Estado para los proyectos férreos de pasajeros cofinanciados por la Nación, de acuerdo con los términos establecidos en el Decreto 423 de 2001 (compilado en el Decreto 1068 de 2015). En particular, los lineamientos se orientan a entregar a las entidades estatales los riesgos propios de su carácter público y del objeto social para el cual fueron creadas y autorizadas.

3.1. Objetivo

Establecer los lineamientos de política de riesgo contractual del Estado para los proyectos férreos de pasajeros cofinanciados por la Nación³³, con el fin de orientar a las entidades estatales en la asunción de los riesgos conforme a su carácter público y el objeto social autorizado.

3.2. Esquema de distribución de riesgo contractual del Estado para proyectos férreos de pasajeros cofinanciados por la Nación

Los lineamientos de política de riesgo contractual del Estado para proyectos férreos de pasajeros serán aplicables para todos los contratos que: (i) cuenten con participación privada, y (ii) hayan sido cofinanciados por la Nación. A partir de estos lineamientos ciertos riesgos quedarán en cabeza de la entidad pública, entendida como la entidad contratante³⁴. En ningún caso se entenderá que todos o algunos de los riesgos quedarán en cabeza del Gobierno nacional, lo anterior en concordancia con los convenios de cofinanciación, en los cuales se limitan explícitamente los montos fijos de aportes por parte de la Nación y se establecen las condiciones y los plazos previos para realizar los mismos.

A continuación, se presentan los lineamientos para la asignación de las diferentes áreas de riesgo aplicables a los proyectos férreos de pasajeros cofinanciados por la Nación.

³³ En el caso de estos proyectos bajo el esquema de APP, estos lineamientos solo serán aplicables para iniciativas públicas.

³⁴ El aporte del Gobierno nacional al proyecto férreo de transporte de pasajeros se delimita a lo pactado en el convenio de cofinanciación del sistema, donde se establecen los montos, plazos y compromisos de las partes Nación, entidad territorial y ente gestor. Si el monto de la Nación se encuentra delimitado a un monto fijo de vigencias futuras, no se entenderá que los riesgos a cargo del público quedarán en cabeza del Gobierno nacional.

3.2.1. Riesgo comercial

El riesgo comercial se define como los efectos favorables y desfavorables sobre los ingresos generados por los proyectos derivados del (i) número real de pasajeros que utilicen el sistema de transporte férreo, y (ii) recaudo efectivo de las tasas y cargos aplicables por el uso de la infraestructura. Este tipo de riesgo le será asignado al inversionista privado en caso de que los ingresos del proyecto férreo dependan de su gestión comercial, de su nivel de información respecto a los ingresos o del comportamiento de la demanda del sistema, o que tenga a su cargo la operación del sistema sin que la entidad contratante interfiera en las condiciones de la prestación del servicio³⁵.

En caso de que los ingresos del proyecto férreo dependan de la gestión de la entidad contratante o de las políticas del sistema de transporte masivo en general³⁶, incluyendo el caso en que el componente férreo se integre al sistema de transporte masivo de la ciudad o departamento, este riesgo podrá ser compartido o asumido por la entidad contratante. Así mismo, en caso de que los ingresos del sistema no se constituyan como una fuente directa de remuneración al inversionista privado, será la entidad contratante quien asuma el riesgo de la variación de los recursos recaudados para el pago de la remuneración al inversionista privado.

Dentro de esta área de riesgo se incluyen también los riesgos de (i) variación en los ingresos de explotación comercial, diferentes a tarifas, el cual se encuentra a cargo del inversionista privado, entendiendo que cuando se pacte una distribución de los ingresos por explotación comercial entre el inversionista privado y la entidad estatal, cada uno asumirá el aumento o reducción del ingreso en su respectiva proporción, sin que se entienda que la entidad contratante cubrirá los costos asociados a la generación de dicho ingreso; (ii) evasión³⁷, que se asigna al inversionista privado, bajo la premisa de que es quien se encuentra a cargo de la definición e instalación de la configuración final de las barreras físicas de acceso y de las demás medidas tendientes a evitar el acceso de pasajeros sin activación del medio de control de acceso. Excepcionalmente, cuando la entidad contratante compruebe que se han implementado todas las condiciones de seguridad y las medidas de control, pero el comportamiento ciudadano, como consecuencia de una situación

³⁵ Las condiciones se podrían referir a frecuencias de material rodante, nuevas rutas, entre otros.

³⁶ Se entenderá que la gestión comercial depende de la entidad contratante cuando sea esta u otra autoridad competente quien fije las frecuencias del sistema de transporte.

³⁷ Evasión se define como el ingreso al sistema sin activación del medio de control de acceso, por lo cual no genera cobro al pasajero.

extraordinaria temporal³⁸, conlleve a altos niveles de evasión³⁹, este riesgo podrá ser compartido por la entidad contratante; (iii) riesgo de fraude⁴⁰, que generalmente se asigna a quien se encuentre a cargo del recaudo de los ingresos del proyecto. Si el inversionista privado, dentro del alcance del contrato, se encuentra a cargo del recaudo de los ingresos, deberá asumir la eventual materialización del riesgo de fraude; por el contrario, si el recaudo del proyecto férreo se encuentra a cargo de un tercero diferente al inversionista privado del contrato, el riesgo quedará en cabeza de la entidad contratante, quien a su vez podrá transferirlo a su tercero contratista encargado de la función de recaudo.

3.2.2. Riesgo de diseño

El riesgo de diseño está asociado a los efectos favorables y desfavorables sobre los costos, plazos y cantidades de obra, derivados de la elaboración inicial, modificaciones o ajustes de los estudios y diseños del proyecto, que deban realizarse para asegurar las especificaciones técnicas en las actividades e intervenciones a realizar por el inversionista privado, dadas las características del proyecto y la ejecución del contrato. Este riesgo estará a cargo del inversionista privado, teniendo en cuenta que será el encargado de ejecutar los estudios y diseños, y por ello, cuenta con una mayor capacidad de gestión y administración.

De lo anterior, se exceptúan los siguientes casos:

- (i) Los cambios en diseño que resulten de una decisión unilateral de la entidad contratante de modificar las especificaciones técnicas del contrato.
- (ii) Los cambios en diseño que resulten de una decisión unilateral de la entidad contratante por razones no imputables al privado.
- (iii) Los cambios en diseño que sean consecuencia del trámite de licencias y permisos requeridos para el desarrollo del proyecto, que impliquen una modificación en el alcance de las especificaciones técnicas.

3.2.3. Riesgo de construcción

Se refiere a los factores que conlleven a que se generen efectos favorables o desfavorables sobre los costos y plazos para: (i) la construcción y puesta en funcionamiento de las obras, y (ii) la provisión, instalación y puesta en funcionamiento de los equipos del

³⁸ Se entiende por situación extraordinaria: asonadas, disturbios, acciones en masa que puedan afectar la operación, entre otras.

³⁹ Los parámetros para determinar esta variable deberán ser definidos por la entidad contratante.

⁴⁰ Fraude se entiende como acceso al sistema mediante el uso de medios fraudulentos (p.ej. clonación de tarjetas) que permitan el ingreso al sistema mediante el control de acceso permitido, pero sin generar cobro.

proyecto, incluyendo el material rodante. A continuación, se describen los factores comprendidos en este riesgo.

- Cantidades de obra: las actividades a realizar por el inversionista privado, incluyendo el traslado y protección de redes, con el objetivo de cumplir las especificaciones técnicas requeridas contractualmente, requieren mayores o menores cantidades de obra a las previstas inicialmente por este, incluyendo las asociadas a las condiciones geotécnicas del proyecto.
- Precios: los precios de los insumos requeridos para adelantar las labores de construcción, incluyendo el traslado y protección de redes, bien sea en moneda local o moneda extranjera, pueden presentar variaciones con respecto a los previstos inicialmente. Lo anterior incluye fluctuaciones positivas o negativas independientemente de su magnitud.
- Plazo: sucede cuando la obra se realiza en un tiempo distinto al inicialmente previsto. Lo cual se traduce en mayores o menores costos durante el plazo adicional en que se terminarán las intervenciones⁴¹.
- Suministro de equipos: el suministro, la instalación, el montaje, las pruebas, puesta en funcionamiento de los equipos, los sistemas férreos (p.ej. alimentación eléctrica, señalización, control de trenes, comunicación, equipos correspondientes a la arquitectura de recaudo y otros), incluyendo el material rodante, así como el costo de las garantías obligatorias y las interfaces e integración de equipos o adecuada integración de los diferentes sistemas férreos, material rodante e infraestructura.
- Disponibilidad de insumos y tecnologías necesarias: se entiende como la obtención oportuna de los insumos, equipos, materiales, tecnologías entre otros, para realizar las labores asociadas a la construcción.
- Licencias y permisos: obtención y cumplimiento de licencias, permisos o autorizaciones para llevar a cabo las actividades de construcción, diferentes a los estipulados en la sección *Riesgo ambiental, social y de patrimonio cultural*. Incluye la gestión y los costos asociados.

Estos riesgos deben ser transferidos al inversionista privado, en vista de su mayor experiencia, conocimientos y capacidad de manejo sobre el valor de la inversión, lo cual

⁴¹ Excluye el evento previsto en la sección *Fuerza mayor* respecto del tratamiento de costos ociosos.

tiene relación directa con el lucro de la actividad para el cual fue contratado. Lo anterior supone que el constructor cuenta con información suficiente para realizar el costeo y buscar los mecanismos adecuados para la mitigación del riesgo, con el fin de dar continuidad al proyecto y cumplir los plazos previstos contractualmente⁴². Adicionalmente, al tener a su cargo el riesgo de diseño, le permite al inversionista privado un mayor manejo de los supuestos, programas, planes y costos asociados a la realización de las obras e intervenciones, incluyendo el traslado y protección de redes, en concordancia con los mismos diseños que el inversionista privado ha propuesto.

No obstante, en los casos en que la entidad contratante tenga a su cargo o pague a precios unitarios alguna de las actividades asociadas a la construcción, de manera excepcional la entidad contratante podrá compartir o asumir como riesgo a su cargo, únicamente las cantidades de obra ejecutadas y los diseños asociados que se generen como consecuencia de dichas actividades⁴³. Bajo este escenario la variación en precios de los insumos requeridos en las actividades que se encuentran a cargo de la entidad contratante o que se pagan como actividades a precios unitarios continuarán a cargo del inversionista privado.

En caso de que los pagos unitarios mencionados hagan parte de los componentes incluidos en la retribución, se recomienda que contractualmente se pacte la obligación de cumplir con la remuneración por precios unitarios a cargo de la entidad contratante.

Como una buena práctica se debería contar con estudios a nivel de factibilidad en el marco de lo establecido en la Ley 1682 de 2013⁴⁴, con el fin de evitar sobrecostos; así como el cumplimiento de los requisitos de experiencia por parte del inversionista privado respecto a las actividades de diseño, construcción y operación.

3.2.4. Riesgo predial

Este riesgo está relacionado con el costo de los predios⁴⁵, su disponibilidad oportuna y la gestión necesaria para su adquisición, vigilancia y defensa jurídica. La gestión,

⁴² Contractualmente se recomienda definir el alcance de las obras con las que deberá cumplir el inversionista privado, así como los plazos con los que debe cumplir.

⁴³ Un ejemplo relacionado puede ser las cantidades de obra en traslado y protección de redes o reparaciones y adecuación de desvíos.

⁴⁴ Por la cual se adoptan medidas y disposiciones para los proyectos de infraestructura de transporte y se conceden facultades extraordinarias.

⁴⁵ Dentro del costo de los predios, se incluyen las compensaciones socioeconómicas.

disponibilidad y adquisición de los predios requeridos en el contrato deberá estar a cargo del inversionista privado, incluyendo los sobrecostos y sobre plazos asociados a estas obligaciones⁴⁶; sin perjuicio de que en caso de que no se cuente con información confiable respecto al comportamiento de los precios de los predios o con las herramientas necesarias para adelantar procesos de enajenación voluntaria y expropiación, la entidad estatal pueda compartir el riesgo de sobrecosto en la compra de predios. En todo caso, el inversionista privado deberá asumir todos los costos asociados con la vigilancia y tenencia de los predios que reciba; así como de su defensa jurídica por causas posteriores a dicha recepción.

La entidad contratante podrá optar por adelantar un programa de adquisición o recuperación de los predios requeridos en el proyecto, siempre y cuando se verifique que la entidad contratante u otra entidad pública cuenta con experiencia demostrada en la adquisición de los predios en condiciones más eficientes para el proyecto⁴⁷. Bajo este escenario, la entidad contratante compartirá o asumirá la gestión, compra y entrega de dichos predios al inversionista privado. Además, se deberán pactar contractualmente las fechas máximas de entrega de cada uno de los predios por parte de la entidad contratante, y la obligación del inversionista privado de recibir los predios en las condiciones en que se pacten en el contrato. En este caso, cuando posterior a la firma del contrato, se identifique la necesidad de predios adicionales para la ejecución del proyecto⁴⁸, por regla general la gestión y compra de dichos predios será asumida por la entidad contratante; sin perjuicio de que el inversionista privado pueda asumir o compartir con la entidad contratante la gestión y los sobrecostos de los predios en caso de que cuente con información confiable respecto al comportamiento de sus precios o la experiencia para su gestión y adquisición.

Así mismo, será transferido al inversionista privado en su totalidad el riesgo de gestión, compra y sobrecosto en los predios y otras áreas que no serán objeto de reversión a la entidad contratante⁴⁹.

3.2.5. Riesgo ambiental, social y de patrimonio cultural

Se refiere a los efectos favorables y desfavorables asociados con los costos y sobrecostos efectivos de la obtención y cumplimiento de todas las licencias, permisos o

⁴⁶ Excluye el evento previsto en la sección *Fuerza mayor*, respecto del tratamiento de costos ociosos.

⁴⁷ La entidad contratante podrá asumir la gestión, compra y entrega de predios directamente o a través de convenios suscritos con entidades del sector público.

⁴⁸ Debe cumplir la condición que sean estrictamente necesarios para la ejecución del proyecto.

⁴⁹ Por ejemplo: localización frentes de obras, localización temporal o definitiva de materiales, entre otros.

autorizaciones de carácter ambiental, así como los permisos para la utilización o la intervención en bienes de interés cultural (BIC) necesarios para el proyecto⁵⁰, tanto aquellos relacionados con el costo y sobrecosto de las actividades requeridas para la gestión ante las autoridades, como aquellos relacionados con el cumplimiento de las obligaciones o compensaciones derivadas de dichas licencias, permisos o autorizaciones. Así mismo, se incluyen las compensaciones sociales a las que haya lugar en el desarrollo del proyecto. Este riesgo deberá ser tratado de acuerdo con las siguientes reglas:

(i). Cuando se cuente con la licencia, permiso o autorización debidamente expedido y notificado, previo al cierre del plazo para la recepción de las ofertas, el inversionista privado asumirá a su cuenta y riesgo los costos y sobrecostos de las compensaciones ambientales y sociales, y de los permisos para la utilización o la intervención en BIC, pactados contractualmente o de los establecidos en las licencias, permisos o autorizaciones a los que haya lugar. De manera similar, cuando el inversionista decida unilateralmente generar cambios a la licencia, permiso o autorización u obtener una nueva licencia, permiso o autorización, deberá asumir los costos y sobrecostos derivados de las mismas.

(ii). La gestión, los costos y sobrecostos se encontrarán a cargo del inversionista privado cuando no se cuente con la licencia, permiso o autorización debidamente expedido, notificado o publicado con anterioridad al cierre del plazo para la recepción de las ofertas. Sin embargo, la entidad contratante podrá asumir parcialmente, el riesgo de los sobrecostos por las compensaciones ambientales y sociales asociadas con dichas licencias, permisos o autorizaciones, incluyendo los permisos para la utilización o la intervención en BIC: (i) siempre que considere que el inversionista privado no cuenta con herramientas o información suficiente para asumir dicho riesgo, o (ii) cuando la entidad contratante asuma la responsabilidad por la obtención de las licencias, permisos o autorizaciones para las intervenciones en BIC, así como el cumplimiento de las obligaciones que se deriven de las mismas.

(iii). Cuando la entidad contratante haya verificado e indicado (en cualquier etapa del proceso de contratación) que, de acuerdo con la normatividad vigente, el proyecto no requiere licencia ambiental o un permiso específico, la entidad contratante podrá asumir el riesgo de su obtención (incluyendo la asunción de los costos de su obtención y las compensaciones ambientales y sociales), únicamente en el caso de que la autoridad ambiental exija tal licencia ambiental o permiso ambiental con posterioridad al cierre del plazo para la recepción de las ofertas del proceso de selección. Lo anterior, sin perjuicio de que en este evento la obtención y los sobrecostos de las compensaciones ambientales y sociales, mencionadas anteriormente, pueda ser compartido con el inversionista privado.

⁵⁰ La entidad contratante podrá optar por adelantar las intervenciones en BIC, en cuyo caso compartirá o asumirá la gestión de los permisos o autorizaciones requeridos.

(iv). Para los eventos descritos en los numerales (ii) y (iii) de esta sección, en caso de que las autoridades ambientales supediten la obtención de una licencia, permiso o autorización a la ejecución de obras o actividades no previstas en las especificaciones técnicas del contrato, los costos serán asumidos por la entidad contratante.

3.2.6. Riesgo de operación y mantenimiento

El riesgo de operación y mantenimiento se refiere a los costos efectivos y las cantidades de las labores, insumos, equipos, pólizas y demás componentes utilizados en este aspecto, así como para la prestación del servicio de transporte a los usuarios. Este riesgo suele tener una relación estrecha con el comportamiento de ciertos componentes del *Riesgo comercial* del que trata en la sección respectiva de este documento.

Debido a que el inversionista privado suele tener bajo su control la totalidad de la operación y el mantenimiento de la infraestructura y como obligación de resultado la prestación del servicio de transporte en las condiciones previstas en el contrato, este riesgo debe serle asignado en su totalidad. Se incluyen la gestión y costos asociados a licencias, permisos o autorizaciones para llevar a cabo las actividades de operación y puesta en marcha del sistema, diferentes a los estipulados en la sección *Riesgo comercial*.

No obstante, cuando las frecuencias y el uso por parte de los usuarios del material rodante del proyecto dependan de decisiones de la entidad estatal contratante u otra entidad pública, la entidad contratante podrá introducir, entre otros, componentes de pago variable en la retribución que atiendan al movimiento efectivo de dicho material rodante⁵¹; especialmente, cuando dicha entidad estatal haya asumido aspectos del *Riesgo comercial* del que trata la sección respectiva de este documento.

En los casos en que las actividades asociadas a la construcción de la infraestructura del proyecto férreo se encuentren integradas con la operación y puesta en marcha del proyecto férreo, se recomienda pactar una obligación en el contrato, en la cual el inversionista privado deberá asegurarse de que todos los componentes del proyecto sean compatibles y asumir todos los potenciales efectos de las interfaces técnicas a las que haya lugar. En caso contrario, la entidad contratante será la encargada de gestionar la mitigación de este evento.

3.2.7. Riesgo cambiario

El riesgo cambiario se refiere a los efectos favorables o desfavorables derivados de una eventual variación de los flujos de un proyecto, debido a que sus ingresos y egresos

⁵¹ Por ejemplo, el pago variable al inversionista privado por kilómetro recorrido del material rodante.

están denominados o dependen del comportamiento de la tasa de cambio frente a monedas distintas al peso colombiano. Este riesgo se debe asignar al inversionista privado.

En este sentido, se recomienda el uso de instrumentos financieros como coberturas, garantías o seguros, entre otros, con el fin de mitigar el riesgo cambiario descrito en esta sección.

No obstante, en caso de que la incorporación de los instrumentos financieros descritos anteriormente eleven sustancialmente el costo o dificulten la viabilidad financiera del proyecto, o cuando la entidad contratante cuente con fuentes de recursos en otras monedas, esta podrá determinar en el contrato un cubrimiento de este riesgo en lo referente a la variación de la tasa de cambio del peso colombiano con otra moneda o la variación del índice inflacionario del país de la moneda extranjera, en los siguientes eventos: (i) la actualización de la porción de la remuneración que se encuentra expresada en una moneda diferente al peso colombiano, o (ii) la entrega directa de la remuneración en otra moneda distinta al peso colombiano.

3.2.8. Riesgos económicos

Por riesgos económicos se entienden los efectos favorables y desfavorables derivados de la variación de (i) los indicadores económicos colombianos o de los países de donde sea originario el inversionista privado o sus accionistas, y (ii) el poder adquisitivo del peso o de cualquier otra moneda, con efectos en cualquier flujo del proyecto. La totalidad de efectos asociados con estos riesgos deben ser asumidos por el inversionista privado.

En este sentido, se recomienda el uso de instrumentos financieros que mitiguen el riesgo de cambios en las variables e indicadores económicos. Sin embargo, en caso de que la incorporación de dichos instrumentos financieros eleven sustancialmente el costo o dificulten la viabilidad financiera del proyecto o la entidad contratante cuente con coberturas naturales por sus fuentes de ingresos, esta podrá pactar en el contrato un cubrimiento respecto a (i) el comportamiento del índice de precios al consumidor (IPC) que se utiliza para la actualización⁵² de la remuneración establecida contractualmente con el inversionista privado o (ii) la variación de precios de los componentes de una canasta de costos que se utilice para la actualización⁵³ de ciertos pagos asociados a la remuneración del inversionista privado durante la etapa de operación y mantenimiento.

⁵² Se refiere a la actualización de valores expresados en pesos constantes de un periodo específico hasta la fecha de giro de la remuneración al inversionista privado.

⁵³ Se refiere a la actualización de valores expresados en pesos constantes de un periodo específico hasta la fecha de giro de la remuneración al inversionista privado.

3.2.9. Riesgos financieros y de liquidez

El riesgo de financiación se refiere a los efectos favorables y desfavorables derivados de (i) la no obtención de los montos de financiación requeridos; (ii) las condiciones de financiación, es decir, los costos efectivos de la consecución de la financiación necesaria para el proyecto, en términos de montos, plazos, intereses y comisiones; (iii) la composición de las fuentes de financiación del inversionista privado; y (iv) la variación del monto de financiación necesario para la ejecución del contrato. Adicionalmente, se incluyen los efectos favorables o desfavorables respecto de la liquidez en general y en relación con el momento en que el inversionista privado debe invertir los recursos del proyecto frente a aquel en que, de acuerdo con el contrato respectivo, dicho inversionista tiene derecho a recibir los componentes de la retribución⁵⁴. El riesgo de financiación y liquidez debe asignársele al inversionista privado.

Con el fin de generar mayor certidumbre en el pago del servicio de la deuda y facilitar la obtención de la financiación en condiciones más favorables en términos de plazos, períodos de gracia y tasas de interés, la entidad contratante podrá diseñar un soporte de liquidez únicamente durante los periodos de estrechez de flujo de caja libre.

Adicionalmente, la entidad contratante podrá asumir la insuficiencia de los recursos de las subcuentas del patrimonio autónomo, que tienen como objeto cubrir obligaciones necesarias para la ejecución del contrato y en las que esta incida directamente en el costo de la contratación⁵⁵.

3.2.10. Riesgo de cambio regulatorio

Por riesgo regulatorio se entiende los efectos favorables y desfavorables derivados de la variación del ordenamiento jurídico con posterioridad al cierre del plazo para recepción de la oferta del inversionista privado dentro del proceso de selección. Este riesgo deberá ser tratado de acuerdo con las siguientes reglas:

- (i). Cualquier cambio regulatorio que tenga como efecto la modificación de las especificaciones técnicas será asumido por la entidad contratante⁵⁶, siempre que esta notifique al inversionista privado que debe implementar los cambios previstos en las nuevas normas. Dicho cambio incluirá las variaciones en las especificaciones

⁵⁴ En este riesgo se incluyen los costos en que incurre el concesionario para convertir un componente de la retribución ilíquido, en recursos líquidos (p.ej. pago de la retribución en títulos transables en el mercado de capitales).

⁵⁵ Por ejemplo, las subcuentas de interventoría y supervisión, soporte contractual.

⁵⁶ Dentro del cambio en especificaciones técnicas se entiende incluido el cambio en tecnologías de recaudo, que modifiquen las condiciones pactadas en el contrato.

estipuladas contractualmente, así como la solicitud de las nuevas obras y sus diseños, decididos por una autoridad gubernamental o la entidad contratante de manera unilateral. Para tal propósito, el contrato deberá establecer los instrumentos mediante los cuales la entidad contratante cubrirá dichos cambios, en caso de que estos generen sobrecostos para el inversionista privado. En caso de que dicho cambio no implique mayores costos, de acuerdo con lo contractualmente establecido para el inversionista privado, este deberá aplicar las nuevas especificaciones técnicas obligatoriamente.

(ii). Así mismo, se deben considerar los efectos económicos para el inversionista privado derivados de modificaciones de normas de carácter legal o actos administrativos que modifiquen las normas aplicables vigentes a cada contrato por medio de las cuales: (i) se creen o eliminen tributos con posterioridad al cierre del plazo para la recepción de las ofertas⁵⁷, (ii) se modifiquen los elementos de los tributos existentes con posterioridad al cierre del plazo para la recepción de las ofertas⁵⁸. Estos efectos serán compartidos entre las partes de la siguiente manera:

- Si el efecto favorable o desfavorable para un determinado año gravable (enero-diciembre) es menor o igual al límite establecido en cada contrato, debe ser asumido por el inversionista privado.
- Si el efecto es desfavorable para un determinado año gravable (enero-diciembre) y mayor al límite establecido en cada contrato, el inversionista privado podrá solicitarle a la entidad contratante que se le reconozca la compensación pactada contractualmente. En caso contrario, si el efecto es favorable para un determinado año gravable (enero-diciembre) y mayor al límite establecido en el contrato, la entidad contratante podrá solicitarle al inversionista privado que se le reconozca como compensación el valor que exceda el límite pactado contractualmente.
- La entidad contratante deberá establecer explícitamente los parámetros necesarios para el cálculo del efecto de este riesgo en el contrato. Se recomienda que la entidad

⁵⁷ Bajo esta definición se podrán incluir aranceles de aduana, tasa o sobretasa asociada a normatividad aduanera únicamente en lo relacionado con material rodante, maquinaria, equipos (incluyendo sistemas férreos de pasajeros y sistemas internos de comunicación para la operación que incluye las comunicaciones entre el puesto de comando y control, el patio taller, las estaciones y los trenes) y repuestos asociados con el material rodante y la maquinaria. Así mismo, los impuestos a la nómina (incluyendo lo referente al sistema de seguridad social integral).

⁵⁸ *Ibidem*.

estatal incluya contractualmente la obligación a cargo del inversionista privado de entrega de la información necesaria anualmente para realizar el cálculo.

- (iii). En el caso de que el proyecto prevea que el inversionista privado recaude los ingresos asociados a la prestación del servicio, y las tarifas pagadas por los usuarios de la infraestructura férrea afecten directamente la remuneración del concesionario, la entidad contratante asumirá los efectos desfavorables de un cambio en la estructura tarifaria o en su fórmula de actualización, respecto a lo pactado en el contrato⁵⁹.

Los riesgos que se deriven de cambios regulatorios diferentes a los previstos en los numerales anteriores estarán a cargo del inversionista privado.

3.2.11. Fuerza mayor

Los eventos eximentes de responsabilidad corresponden a cualquier evento⁶⁰, circunstancia o combinación de eventos o circunstancias fuera del control razonable de la parte que lo invoca, que afecte en forma sustancial y adversa el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato respectivo, respecto de las cuales se invoca; después de haber efectuado todos los actos razonablemente posibles para evitarlo. Dentro del concepto de evento eximente de responsabilidad se entiende incorporada la fuerza mayor.

- (i). Ante la ocurrencia de eventos no asegurables, en condiciones razonables de mercado: la entidad contratante deberá asumir el daño emergente, entre los que se incluyen las reparaciones de la infraestructura, así como los costos ociosos de mayor permanencia de obra⁶¹, siempre y cuando se demuestre que los recursos para desarrollar las actividades de construcción quedaron sin posibilidad de movilizarse o utilizarse, durante la ocurrencia del evento eximente de responsabilidad. Igualmente, se podrán cubrir los mayores costos financieros generados por el evento eximente de responsabilidad. En ningún caso se incluirá lucro cesante dentro de las compensaciones a cargo de la entidad contratante.

⁵⁹ Cambio en el esquema tarifario entendido como diferencia entre tarifa técnica y tarifa usuario, en términos de la ley aplicable.

⁶⁰ Se incluyen acto bélico, golpe de estado, hallazgo arqueológico, descubrimiento de yacimientos, entre otros.

⁶¹ Por ejemplo, los mayores costos de equipos en los que incurrió el inversionista privado por el periodo que quedaron paralizados debido a la ocurrencia del evento.

- (ii). Cuando el evento sea susceptible de ser asegurable, el inversionista privado deberá asumir los costos asociados con la reconstrucción de la infraestructura a su estado previo a la ocurrencia del evento eximente de responsabilidad.

Adicionalmente, en el caso de que la ocurrencia de un evento eximente de responsabilidad impida al inversionista privado concluir ciertas obras del proyecto dentro de los plazos máximos previstos en el contrato, la entidad contratante podrá introducir mecanismos mediante los cuales reconozca al inversionista privado una porción de la remuneración correspondiente al avance de obra⁶².

Las obligaciones contingentes que se deriven de cualquiera de estos riesgos y que sean pactadas en el contrato, no serán susceptibles de ser pagadas a través del FCEE.

3.3. Mecanismos de compensación de riesgos a cargo de la entidad estatal

Para la atención de las obligaciones contingentes, entendidas como aquellas en virtud de las cuales alguna de las entidades sometidas al régimen de la Ley 448 de 1998, estipula contractualmente a favor de su contratista, el pago de una suma de dinero, determinada o determinable a partir de factores identificados, por la ocurrencia de un hecho futuro e incierto⁶³, y conforme a la normatividad vigente (Decreto 423 de 2001 y Ley 1753 de 2015), se definen los siguiente mecanismos: el mecanismo de primera instancia autorizado para la atención de obligaciones contingentes es el FCEE, creado por la Ley 448 de 1998. En segundo lugar, se podrá hacer uso de las subcuentas creadas al interior del patrimonio autónomo y, en tercer lugar, el presupuesto de la entidad contratante.

Para el caso específico del cambio regulatorio, en particular, de cambio en el esquema tarifario, se podrá hacer uso de los Fondos de Estabilización Tarifario (FET)⁶⁴, únicamente en términos de la compensación del diferencial entre la tarifa técnica y la tarifa usuario.

La entidad estatal contratante será la encargada de asumir las obligaciones contingentes y riesgos con cargo a sus recursos, sin que en ningún caso se entienda que la Nación será aportante al FCEE o entregará alguna garantía adicional para la cobertura de los riesgos que contractualmente se ha pactado con el inversionista privado.

⁶² Solo aplicará este reconocimiento cuando se verifique que la causa de la imposibilidad de terminación de la obra no es de ninguna manera atribuible al inversionista.

⁶³ Decreto 423 de 2001. Artículo 6.

⁶⁴ Creados por el artículo 33 de la Ley 1753 de 2015 o aquellas que lo modifiquen o sustituyan.

4. RECOMENDACIONES

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el Ministerio de Transporte y el Departamento Nacional de Planeación recomiendan al Consejo Nacional de Política Económica y Social (CONPES):

1. Aprobar los lineamientos de política de riesgo contractual del Estado para proyectos de sistemas férreos de pasajeros cofinanciados por la Nación.
2. Solicitar a las entidades estatales contratantes que, en aplicación de la Ley 448 de 1998, respecto a las metodologías de valoración de obligaciones contingentes, actualmente aprobadas por la Dirección General de Crédito Público y Tesoro Nacional del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, remitan el plan de aportes al Fondo de Contingencias de las Entidades Estatales, cuando a ello haya lugar.
3. Solicitar a las entidades estatales el seguimiento periódico, una vez al año, de las obligaciones contingentes pactadas, con el fin de actualizar los aportes al Fondo de Contingencias de las Entidades Estatales.
4. Solicitar a las entidades estatales contar con los recursos suficientes para cubrir las actualizaciones al momento del giro de los componentes de la remuneración al inversionista privado (p.ej. índice de precios al consumidor, tasa representativa del mercado, variación en precios de la canasta de costos).
5. Solicitar a las entidades estatales que, en el marco de la asunción del riesgo de cambio regulatorio, definan en el contrato la metodología apropiada para calcular la compensación o beneficio a su cargo. De esta manera, la entidad contratante podrá garantizar un balance adecuado entre la asunción del riesgo y el objeto social para el que fue creada.
6. Solicitar a las entidades estatales definir, explícitamente en los contratos, la metodología para aquellos riesgos que pueden ser compartidos entre la entidad contratante y el inversionista privado, manteniendo la premisa de transferir la porción del riesgo que tiene relación directa con la actividad que el inversionista privado desarrollará y el lucro económico de dicha actividad.