

Documento CONPES

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



4047

LINEAMIENTOS DE POLÍTICA DE RIESGO CONTRACTUAL DEL ESTADO PARA PROYECTOS DE SISTEMAS FÉRREOS DE CARGA CON PARTICIPACIÓN PRIVADA EN EL PAÍS

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

Versión aprobada

Bogotá, D.C., 27 de septiembre de 2021

CONSEJO NACIONAL DE POLÍTICA ECONÓMICA Y SOCIAL CONPES

Iván Duque Márquez
Presidente de la República

Marta Lucía Ramírez Blanco
Vicepresidenta de la República

Daniel Palacios Martínez
Ministro del Interior

José Manuel Restrepo Abondano
Ministro de Hacienda y Crédito Público

Diego Andrés Molano Aponte
Ministro de Defensa Nacional

Fernando Ruíz Gómez
Ministro de Salud y Protección Social

Diego Mesa Puyo
Ministro de Minas y Energía

María Victoria Angulo González
Ministra de Educación Nacional

Jonathan Tybalt Malagón González
Ministro de Vivienda, Ciudad y Territorio

Ángela María Orozco Gómez
Ministra de Transporte

Guillermo Antonio Herrera Castaño
Ministro del Deporte

Marta Lucía Ramírez Blanco
Ministra de Relaciones Exteriores

Wilson Ruíz Orejuela
Ministro de Justicia y del Derecho

Rodolfo Enrique Zea Navarro
Ministro de Agricultura y Desarrollo Rural

Ángel Custodio Cabrera Báez
Ministro del Trabajo

María Ximena Lombana Villalba
Ministra de Comercio, Industria y Turismo

Carlos Alberto Frasser Arrieta
Ministro de Ambiente y Desarrollo Sostenible (E)

Iván Mauricio Durán Pabón
Ministro de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (E)

Angélica María Mayolo Obregón
Ministra de Cultura

Tito José Crissien Borrero
Ministro de Ciencia, Tecnología e Innovación

Alejandra Carolina Botero Barco
Directora General del Departamento Nacional de Planeación

Daniel Gómez Gaviria
Subdirector General Sectorial

Amparo García Montaña
Subdirectora General Territorial

Resumen ejecutivo

El Gobierno nacional con el propósito de mejorar las condiciones de competitividad nacional mediante la eficiencia en tiempos y costos logísticos, ha realizado esfuerzos para potenciar la intermodalidad o integración y articulación de los modos logísticos nacionales. De esta manera, a partir de la Ley 1753 de 2015¹ y la Ley 1955 de 2019² se ha buscado impulsar el desarrollo de proyectos férreos, con el objetivo de consolidar los corredores férreos potencialmente reactivables con los que cuenta el país para prestar el servicio público de transporte férreo de carga. En línea con lo anterior, en noviembre del 2020 se publicó el Plan Maestro Ferroviario (PMF)³, instrumento de política pública que orienta la definición de un marco institucional, normativo, regulatorio y de financiación que permitirá estructurar y ejecutar proyectos ferroviarios con bases sólidas que garanticen la sostenibilidad, rentabilidad y competitividad del modo en el largo plazo.

Desde la expedición de la Ley 80 de 1993⁴, el sector privado ha sido un actor indispensable para el desarrollo de la infraestructura mediante la estructuración y ejecución de proyectos de concesiones viales. Adicionalmente, de acuerdo con lo establecido en la Ley 1508 de 2012⁵ de Asociaciones Público-Privadas (APP), la Agencia Nacional de Infraestructura (ANI), desde el referido año ha recibido treinta propuestas de proyectos ferroviarios de carga bajo el esquema de iniciativa privada, para la construcción, mantenimiento y operación de corredores férreos a nivel nacional, sin que a la fecha ninguno de ellos haya cumplido con la totalidad de requisitos para ser aprobado a nivel de factibilidad. Aunado a lo anterior, la normativa vigente no cuenta con lineamientos actualizados para la asignación de riesgos que se ajusten específicamente a las necesidades de este modo de transporte, razón por la cual resulta indispensable el desarrollo de lineamientos de política de riesgo contractual del Estado para este tipo de proyectos, que constituyan una solución de transporte férreo de carga.

En virtud de lo anterior, el presente documento somete a consideración del Consejo Nacional de Política Económica y Social (CONPES) los lineamientos de Política de Manejo del Riesgo Contractual del Estado, que deben seguir las entidades estatales para la estructuración de proyectos de transporte de carga en vías férreas, sustituyendo los lineamientos establecidos para proyectos del sector transporte en el Documento CONPES

¹ Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 *Todos por un nuevo país*.

² Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022 *Pacto por Colombia, Pacto por la equidad*.

³ Disponible en: <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Prensa/Plan-Maestro-Ferroviario.pdf>.

⁴ Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

⁵ Por la cual se establece el régimen jurídico de las Asociaciones Público Privadas, se dictan normas orgánicas de presupuesto y se dictan otras disposiciones.

3107 *Política de Manejo de Riesgo Contractual del Estado para Procesos de Participación Privada en Infraestructura*⁶ 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*⁷. Los lineamientos establecidos en este documento deben ser aplicados en adelante atendiendo a las buenas prácticas de la estructuración, contratación y seguimiento contractual de proyectos.

Clasificación: H54, L32

Palabras clave: asignación de riesgos, lineamientos de política, transporte férreo.

⁶ Disponible en: <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Conpes/Econ%C3%B3micos/3107.pdf>.

⁷ Disponible en: <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Conpes/Econ%C3%B3micos/3133.pdf>.

TABLA DE CONTENIDO

1. INTRODUCCIÓN	7
2. ANTECEDENTES Y JUSTIFICACIÓN	9
2.1. Desarrollo de la política de riesgo contractual del Estado.....	9
2.2. Antecedentes en la estructuración de concesiones	12
2.3. Desarrollo del modo férreo	13
2.4. Justificación.....	14
3. DEFINICIÓN DE LOS LINEAMIENTOS PARA LA DISTRIBUCIÓN DE RIESGOS	15
3.1. Objetivo	15
3.2. Esquema de distribución de riesgo contractual del Estado para proyectos férreos de carga	16
3.2.1. Área predial	17
3.2.2. Área ambiental.....	18
3.2.3. Área social y cultural.....	20
3.2.4. Área de redes	23
3.2.5. Área de diseño.....	23
3.2.6. Área de construcción	24
3.2.7. Área de operación y mantenimiento	26
3.2.8. Material rodante.....	29
3.2.9. Área comercial.....	30
3.2.10. Área de financiación.....	31
3.2.11. Área de liquidez.....	32
3.2.12. Área económica	32
3.2.13. Área cambiaria	33
3.2.14. Área regulatoria	33
3.2.15. Fuerza mayor.....	34
4. RECOMENDACIONES.....	37
BIBLIOGRAFÍA	38

SIGLAS Y ABREVIACIONES

APP	Asociación Público-Privada
ANI	Agencia Nacional de Infraestructura
BIC	Bienes de Interés Cultural
CONPES	Consejo Nacional de Política Económica y Social
DNP	Departamento Nacional de Planeación
FCEE	Fondo de Contingencias de las Entidades Estatales
PMTI	Plan Maestro de Transporte Intermodal
PMF	Plan Maestro Ferroviario

1. INTRODUCCIÓN

En los últimos años, el Estado colombiano se ha puesto como meta promover la reactivación del transporte ferroviario para cumplir con los parámetros de eficiencia⁸ y sostenibilidad e impulsar el transporte intermodal. Como compromiso con el fortalecimiento de esta modalidad de transporte, la Ley 1955 de 2019⁹ a través de la cual se expidió el Plan Nacional de Desarrollo (PND) 2018-2022, *Pacto por Colombia, Pacto por la Equidad*, contiene disposiciones que pretenden robustecer la financiación del modo ferroviario, en específico en los artículos 301, 305 y 308. Así mismo, priorizó la reactivación de las operaciones comerciales en el modo ferroviario, como una de las metas transformacionales, para diversificar el tipo de carga y asegurar una operación sostenible. De esa manera, en la Línea C *Corredores estratégicos intermodales: red de transporte nacional, nodos logísticos y eficiencia modal* del Pacto VI¹⁰ *Pacto por el transporte y la logística para la competitividad y la integración regional* de las Bases del referido PND se propuso la formulación e implementación del Plan Maestro Ferroviario (PMF), el cual es una apuesta del sector transporte por reactivar el modo férreo, al reconocer su potencial para impulsar el desarrollo económico y social del país.

De acuerdo con este PMF, la participación del modo ferroviario, tanto para transporte de carga como de pasajeros, aporta a la economía y a la reducción de los costos logísticos, lo que se manifiesta en menores precios de los bienes transportados y aumenta los niveles de competitividad (PMF, 2020). Adicionalmente, la reactivación del modo representa una oportunidad para la creación de nuevos centros logísticos y la consolidación de los ya existentes en el país, ya que fortalecerá los servicios de transporte de mercancías y materias primas. Además, debido a la necesidad existente de mejorar la calidad de la infraestructura férrea, el Plan Maestro de Transporte Intermodal (PMTI) del año 2015 reconoció la importancia de la reactivación e inversión en este modo de transporte. Al respecto, el PMTI afirma que “(...) *el desarrollo del modo férreo en Colombia debe estar acompañado por el desarrollo de una política de transporte y fortalecimiento institucional y financiero del sector para desarrollar las condiciones de la competencia en el mercado de transporte del ferrocarril*” (PMTI, 2015). A su vez, la Política Nacional Logística, aprobada mediante el Documento CONPES 3982 *Política Nacional Logística*¹¹, estableció la importancia de

⁸ Se entiende como eficiencia, en términos logísticos, reducir los costos de transporte; y como Sostenibilidad, la generación de condiciones Óptimas para la implementación de la operación y de la infraestructura del modo.

⁹ Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2018–2022 *Pacto por Colombia, Pacto por la Equidad*.

¹⁰ Ley 1955 de 2019 “(...) artículo 3°. *Pactos del Plan Nacional de Desarrollo. El Plan Nacional de Desarrollo está compuesto por objetivos de política pública denominados pactos, concepto que refleja la importancia del aporte de todas las facetas de la sociedad en la construcción de una Colombia equitativa. (...)*”.

¹¹ Disponible en: <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Conpes/Econ%C3%B3micos/3982.pdf>.

promover el modo férreo para la reducción de costos e indicó que al ejecutar los proyectos férreos de La Dorada-Chiriguaná y Bogotá-Belencito los costos logísticos del país podrían reducirse en hasta un 26 % y los tiempos de exportación en un 23 %.

De conformidad con estas limitaciones en el transporte férreo en el país y teniendo en cuenta los objetivos inmediatos y de largo plazo que se ha planteado el Gobierno nacional y considerando que el PMF reconoce la importancia de sumar recursos públicos y privados al sector férreo, así como de explorar de diversos mecanismos y fuentes de financiación (PMF, 2020), resulta necesario adelantar la ejecución de proyectos de vinculación de capital privado, que impulsen el desarrollo de la infraestructura férrea del país. Lo anterior, a partir del marco jurídico de las Asociaciones Público Privadas (APP), contenido en la Ley 1508 de 2012¹² y sus decretos reglamentarios, actualmentecompilados en el Decreto 1082 de 2015¹³, en donde se establecen los principios básicos para la ejecución de proyectos basados fundamentalmente en la transferencia de riesgos y en el cumplimiento de indicadores de disponibilidad, calidad y niveles de servicio en la provisión de infraestructura y sus servicios asociados.

Cabe resaltar que aunque el Documento CONPES 3107 *Política de Manejo de Riesgo Contractual del Estado para Procesos de Participación Privada en Infraestructura*¹⁴ 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*¹⁵; establecen lineamientos de política de asignación de riesgos para procesos de participación privada en infraestructura, y contienen un enfoque inicial sobre el sector del transporte férreo, se hace necesario actualizar y llevar a cabo la definición de la política de riesgos para proyectos de infraestructura férrea de carga, en virtud de las diferencias identificadas entre los distintos sectores de la economía y modos de transporte, con el fin de establecer las condiciones para promover niveles razonables de rentabilidad para este tipo de proyectos teniendo en cuenta el nivel de riesgo asumido por cada una de las partes en la ejecución de los proyectos.

En consecuencia, el presente Documento CONPES define los lineamientos de política de riesgo contractual del Estado para los proyectos que se desarrollen bajo esquemas APP y otros esquemas que involucren participación privada y que tengan como objeto la provisión y/u operación de infraestructura férrea y/o de infraestructura logística asociada y/o de

¹² Por la cual se establece el régimen jurídico de las Asociaciones Público Privadas, se dictan normas orgánicas de presupuesto y se dictan otras disposiciones.

¹³ Por medio del cual se expide el decreto único reglamentario del sector administrativo de planeación nacional.

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

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

material rodante y/o la prestación de servicios de transporte férreo de carga, con el fin de orientar tanto a las entidades estatales en los riesgos que pueden asumir en este tipo de proyectos, como a los inversionistas privados en aquellos riesgos que pueden afectar la rentabilidad del proyecto a desarrollar en el marco del contrato estatal a través del cual este se ejecutará.

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, la clasificación de los riesgos que se pueden presentar en materia férrea de carga, y los lineamientos para la asignación de cada área de manera general y en cada riesgo de manera específica. Por último, en la cuarta sección, se presentan las recomendaciones al Consejo Nacional de Política Económica y Social (CONPES).

2. ANTECEDENTES Y JUSTIFICACIÓN

2.1. Desarrollo de la política de riesgo contractual del Estado

Con la expedición de la Ley 1 de 1991¹⁶ se estableció que las empresas privadas pueden constituir sociedades portuarias para construir, mantener y 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 los inversionistas privados participaran en proyectos de servicios públicos y en proyectos de infraestructura en el país.

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 sancionó la Ley 80 de 1993¹⁷, que tiene como propósito regular las normas de contratación pública en Colombia. Esta ley en el numeral 4 de su artículo 34 establece la definición de contrato de concesión que resulta el punto de partida para el desarrollo de la primera, segunda y tercera generación de concesiones viales. De otra parte, se expidió la Ley 185 de 1995¹⁸ con el propósito de impulsar en mayor medida la participación privada en infraestructura y la figura de concesión. En este sentido, a través del artículo 22 de la mencionada norma faculta al Ministerio de Hacienda y Crédito Público para establecer requerimientos mínimos y procedimientos generales destinados a facilitar los procesos de participación privada en

¹⁶ Por la cual se expide el Estatuto de Puertos Marítimos y se dictan otras disposiciones.

¹⁷ Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

¹⁸ 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.

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 la formulación de 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 otras, las cuales no contaban con un respaldo presupuestal específico y, por tanto, no se hacían explícitas dentro de las obligaciones de pago de las entidades concedentes. Por lo anterior, 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.

Es así como, con la expedición de la Ley 448 de 1998¹⁹ se creó el régimen de obligaciones contingentes aplicable a entidades del Gobierno nacional y entidades territoriales. El objetivo principal de este régimen es contar con un marco de política claro, basado en un criterio preventivo de disciplina fiscal. Esto, en la medida en que se realizan provisiones preventivas de recursos en el Fondo de Contingencias de las Entidades Estatales (FCEE), para que la entidad concedente pague oportunamente la eventual materialización de las obligaciones contingentes a su cargo, sin afectar otros rubros presupuestales.

En el Decreto 423 de 2001²⁰, actualmentecompilado en el Decreto 1068 de 2015²¹), se mencionan factores para el manejo de obligaciones contingentes, entre los que se destacan los siguientes: (i) los sectores de riesgo, 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) las entidades estatales sometidas al régimen de obligaciones contingentes; (iii) los aspectos presupuestales, referentes a la preparación e inclusión de dichas contingencias dentro del rubro de servicio de la deuda; (iv) la 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) el diseño del

¹⁹ 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.

²⁰ Por el cual se reglamentan parcialmente las leyes 448 de 1998 y 185 de 1995.

²¹ Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Hacienda y Crédito Público.

plan de aportes al FCEE, el cual es el resultado de la valoración de las obligaciones contingentes.

Así mismo, 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, a través del artículo 2.4.1.10 determina 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 cargo. En segundo lugar, a partir del principio según el cual las entidades estatales deben asumir los riesgos que se adecuen a su naturaleza pública y de acuerdo con su objeto social, en su artículo 2.4.1.11. indica que el CONPES orientará la política de riesgo contractual y en su artículo 2.4.1.12. establece como una función del mismo la función de recomendar las directrices que deben seguir las entidades estatales al estructurar proyectos con participación de capital privado en proyectos de infraestructura y, de manera específica, en lo concerniente a los riesgos que puedan asumir contractualmente las partes, como obligaciones contingentes.

De esta manera, en ejercicio de la precitada función, se adoptaron el Documento CONPES 3107 y el Documento CONPES 3133, aprobados en 2001, en donde se establecen los lineamientos de política de riesgo contractual para proyectos de participación privada en infraestructura específicamente para los sectores de transporte, energía, comunicaciones, y agua potable y saneamiento básico.

Finalmente, este decreto reglamentario en su artículo 2.4.1.13. establece que las dependencias de planeación la responsabilidad de conceptuar sobre la adecuación de los contratos a la política de riesgo contractual del Estado, establecida por el CONPES.

De la misma manera, el artículo 35 de la Ley 1753 de 2015.. estableció que el FCEE, creado por la Ley 448 de 1998, es el mecanismo de primera instancia autorizado para atender el pago de las obligaciones contingentes que contraigan las entidades sometidas al régimen obligatorio de contingencias contractuales del Estado. Posteriormente, a través del artículo 88 de la Ley 1955 de 2019, se introdujeron modificaciones al precitado artículo 35 de la Ley 1753 de 2015, estableciendo que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público definirá los lineamientos para la aplicación de los mecanismos alternativos para la atención de las obligaciones contingentes a cargo de la Nación, que podrán contemplar la posibilidad de pactarse de forma contractual.

Finalmente, cabe señalar que a través de la Ley 1508 de 2012²² y sus decretos reglamentarios, se reguló en Colombia el esquema de APP para el desarrollo de proyectos tanto de iniciativa pública, como de iniciativa privada. Con ocasión de la expedición de esta ley, se modificaron los lineamientos de política de riesgo contractual inicialmente establecidos por el CONPES, modificaciones hechas mediante (i) el Documento CONPES 3760 *Proyectos viales bajo el esquema de asociaciones público privadas: cuarta generación de concesiones viales*, aprobado en 2013, posteriormente modificado por el Documento CONPES 3800, aprobado en 2014; (ii) el Documento CONPES 3807 *Modificación al Documento CONPES 3107 "Política de Manejo de Riesgo Contractual del Estado para Procesos de Participación Privada en Infraestructura"*, aprobado en 2014 y reemplazado por el Documento 4000 *Lineamientos de política de riesgo contractual del Estado para proyectos aeroportuarios con participación privada*, aprobado en 2020; (iii) el Documento CONPES 3961 *Lineamientos de política de Riesgo Contractual del Estado para proyectos de sistemas férreos de pasajeros cofinanciados por la Nación*, aprobado en 2019, y (iv) el Documento CONPES 4028 *Lineamientos de política de riesgo contractual del Estado para proyectos de infraestructura en vías fluviales y canales navegables con participación privada*, aprobado en 2021.

2.2. Antecedentes en la estructuración de concesiones

En paralelo a los avances en la política de riesgo contractual del Estado, el marco legal, técnico y financiero de estructuración de concesiones ha atravesado grandes cambios y mejoras desde la entrada en vigencia de la Ley 80 de 1993 y desde la primera generación de concesiones viales que surgió en 1994. Para el caso de la primera generación, el marco contractual se caracterizó principalmente por realizar una identificación y asignación primaria de los riesgos en el contrato, entre los que se resalta el riesgo comercial a cargo del público y en virtud del cual se determina un ingreso mínimo garantizado a favor del privado.

Para la segunda generación de concesiones adjudicada entre 1997 y 1999, se llevaron a cabo algunas modificaciones respecto a la generación anterior. En el riesgo comercial, la garantía de ingreso mínimo se reemplazó por la figura de ingreso esperado, en el que el plazo del contrato es variable de acuerdo con la fecha de obtención del ingreso esperado, trasladando el riesgo comercial al inversionista privado. Del mismo modo los estudios y diseños de los proyectos fueron más rigurosos a la vez que se transfirió al inversionista privado el riesgo de diseño, al igual que el riesgo de construcción a cargo del privado, que ya venía desde la generación anterior (exceptuando el riesgo geológico).

²² Por la cual se establece el régimen jurídico de las Asociaciones Público Privadas, se dictan normas orgánicas de presupuesto y se dictan otras disposiciones.

Para la tercera generación de concesiones contratadas entre 2001 y 2007 no hubo grandes cambios en términos de asignaciones de riesgo. En cuanto a los estudios y diseños se hizo un esfuerzo en incrementar el nivel de detalle de los mismos, especialmente en la proyección de tráfico. Respecto de la asignación de riesgos, se le transfirió al inversionista privado la gestión tanto de la consecución de licencias ambientales como de la obtención de los predios.

Finalmente, la cuarta generación de concesiones viales surge en un marco normativo especial proveniente de la expedición de la Ley 1508 de 2012. Dentro de las mejoras planteadas para estos contratos se adicionó el esquema de retribución condicionada a la disponibilidad de la infraestructura junto al cumplimiento de indicadores de niveles de servicio y estándares de calidad. Además, la implementación del esquema APP trajo consigo la retribución sujeta a la terminación de las obras junto a la eliminación de anticipos, con lo cual se genera un incentivo para la terminación temprana de dichas obras por parte del inversionista privado. Del mismo modo este esquema impulsó, mediante el Documento CONPES 3760, lineamientos de distribución de riesgos más eficientes, asignando cada riesgo a la parte con mayor capacidad de administrarlo y mitigarlo.

2.3. Desarrollo del modo férreo

Las vías ferroviarias de Colombia, se originaron como concesiones privadas a finales del Siglo XIX. En 1954, y con el objetivo de unificar los distintos ferrocarriles existentes en una sola entidad con una red en trocha angosta de 914 mm, se creó la empresa de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia (FNC) y posteriormente se creó la empresa Colombiana de Vías Férreas - Ferrovías. Sin embargo, tras el fracaso de estos intentos, se concesionaron los dos corredores con mayor potencial: el ferrocarril del Atlántico entre la capital del país, cruzando el Valle del Magdalena a la empresa Ferrocarriles del Norte de Colombia (Fenoco), concesión que incluyó los tramos; Bogotá – Belencito; La Caro – Lenguazaque; Bogotá – La Dorada, La Dorada – Santa Marta y los tramos Puerto Berrío – Medellín; y la Concesión de la Red Férrea del Pacífico, entre el puerto de Buenaventura, La Felisa (Caldas) y el ramal Zarzal, la Tebaida (BID, 2016).

Las vías férreas concesionadas se encuentran hoy bajo la administración de la Agencia Nacional de Infraestructura (ANI), así como los tramos desafectados de la concesión del contrato de ferrocarriles del norte de Colombia. Es de anotar que de conformidad con lo establecido en el artículo 3 del Decreto 4165 de 2011²³, la Agencia Nacional de Infraestructura tiene a su cargo estructurar y administrar las concesiones de infraestructura de

²³ Por el cual se cambia la naturaleza jurídica, cambia de denominación y se fijan otras disposiciones del Instituto Nacional de Concesiones (INCO).

transporte del Estado. En cuanto a las vías férreas no concesionadas se encuentran a cargo de su propietario, esto es el Instituto Nacional de Vías (Invías), conforme a las funciones establecidas en el Decreto 2618 de 2013²⁴.

La primera concesión, entregada a Fenoco, comprendía originalmente un total de 1.473 km de vía férrea. Actualmente, la actividad de Fenoco se concentra en el tramo entre Chiriguana y Santa Marta (245 km). Por su parte, la segunda concesión, entregada a la hoy Sociedad Ferrocarril del Pacífico S.A.S., en liquidación judicial, ha tenido desde el año 2008 distintos accionistas que se han comprometido a reanudar las operaciones. Sin embargo, la operación comercial ha sido escasa, principalmente por el deterioro de la infraestructura férrea, falta de mantenimiento de la infraestructura férrea y del mantenimiento del material rodante, con lo cual se comprometió la capacidad operativa de la vía férrea de carga que permita una consolidación comercial del corredor (ANI, 2021).

De la extensión total de los corredores, en la actualidad se encuentran en servicio ferroviario 1050 km correspondientes a los tramos; Bogotá – Belencito (262 km); La Caro - Zipaquirá (19 km); La Dorada – Chiriguana (524 km); y Chiriguana Santa Marta (245 km) perteneciente al sector concesionado de la red férrea del Atlántico; y 188 km correspondientes a los ferrocarriles privados de El Cerrejón (150 km) y Paz de río (38 km) (ANI, 2021).

Por su parte, el modo ferroviario presenta actualmente grandes retos en materia institucional, normativa, de regulación técnica y económica y particularmente afronta desafíos en materia ambiental y social que deberán ser evaluados en la asignación de riesgos y en la estructuración de este tipo de proyectos.

2.4. Justificación

En respuesta al interés de adelantar proyectos de sistemas férreos de carga que involucren esquemas de participación privada, es imprescindible contar con lineamientos de política en materia de riesgos, que permitan la estructuración y el desarrollo de proyectos bajo esquemas de participación privada. No obstante, se ha observado que los lineamientos de política de riesgo contractual del Estado presentes en los diferentes documentos CONPES vigentes, no contemplan las particularidades que se pueden presentar en los proyectos de transporte férreo de carga, que constituyen una alternativa de transporte con eficiencias en costos para las cargas con vocación férrea, particularmente para grandes distancias y grandes volúmenes, con lo que se mejorará la eficiencia y competitividad del transporte férreo

²⁴ Por el cual se modifica la estructura del Instituto Nacional de Vías (Invías) y se determinan las funciones de sus dependencias.

de carga en el país. Esto en línea con el régimen de APP contenido en la Ley 1508 de 2012 y en el Decreto 1082 de 2015, el cual hizo más rigurosos los parámetros de calidad de los estudios y diseños en el proceso de estructuración de los proyectos, a la vez que modificó positivamente los términos y obligaciones de las partes en los contratos de concesión.

En tal sentido, los lineamientos actuales no incorporan en su totalidad los avances y experiencia adquiridos por el sector de la infraestructura en general, en el marco del régimen de APP, ni contienen las características propias y particulares del modo férreo en el transporte de carga. En consecuencia, en este documento se presentan mejoras y modificaciones en cuanto a la identificación y la asignación de los riesgos a tener en cuenta durante la estructuración en este tipo de proyectos.

Por lo anterior, es necesario expedir un documento CONPES que permita que la estructuración de nuevos proyectos esté acorde a las particularidades del modo férreo de carga, y atienda las exigencias y avances desarrollados en los últimos años en los proyectos bajo esquema de APP con el fin de contribuir a la reactivación del transporte férreo en Colombia.

3. DEFINICIÓN DE LOS LINEAMIENTOS PARA LA DISTRIBUCIÓN DE RIESGOS

En el presente apartado se presenta la política de riesgo contractual del Estado colombiano para los proyectos que involucren la participación privada y que tengan como objeto una o más de las siguientes obligaciones; la provisión o construcción o rehabilitación o mejoramiento u operación o mantenimiento de infraestructura férrea²⁵, la operación y administración de infraestructura logística asociada, la operación o administración de material rodante o la prestación de servicios de transporte férreo de carga. Lo anterior, de acuerdo con los términos de la Ley 448 de 1998 (modificada por la Ley 510 de 1999 y Ley 1955 de 2019), lo establecido en el Decreto 423 de 2001 (compilado en el Decreto 1068 de 2015) y en el Decreto 1082 de 2015.

3.1. Objetivo

Este documento define los lineamientos de política de riesgo contractual del Estado para los proyectos ferroviarios que se desarrollen bajo el esquema de APP y otros esquemas

²⁵ Es el conjunto de estructuras de ingeniería e instalaciones necesarias para prestar los servicios férreos y todos aquellos elementos asociados a este modo de transporte, tales como la construcción y/o adecuación del terreno natural intervenido y/o no intervenido y/o mejorado y/o vías férreas y/o rieles y/o traviesas y/o balasto y/o estructuras como muros, puentes, sistemas de drenaje, túneles, pasos superiores e inferiores, canales, cercas y equipo de protección contra el ruido, con cualquier ancho, tipología y/o sistema férreo seleccionado en el respectivo contrato de Asociación Público Privada, necesarios para la ejecución del proyecto férreo.

que involucren la participación privada y que tengan como objeto la provisión y/o construcción y/o rehabilitación y/o mejoramiento y/u operación y/o mantenimiento de infraestructura férrea y/o infraestructura logística asociada y/o material rodante y/o la prestación de servicios de transporte férreo de carga, con el fin de orientar tanto a las entidades estatales en la determinación de los riesgos que pueden asumir en este tipo de proyectos, como a los inversionistas privados en la identificación de aquellos que pueden afectar el el lucro de la actividad económica a desarrollar en el marco del contrato estatal a través del cual se ejecutará el proyecto.

3.2. Esquema de distribución de riesgo contractual del Estado para proyectos férreos de carga

Los lineamientos de política de riesgo contractual del Estado establecidos en este documento CONPES serán aplicables para proyectos que se desarrollen bajo esquemas de participación privada, incluyendo pero sin limitarse a ellos, esquemas de Asociación Público Privada (APP), concesiones, entre otros, que se planteen para el desarrollo de proyectos en el modo férreo con vocación de transporte de carga.

De acuerdo con los lineamientos generales de política de riesgos en proyectos de infraestructura, una asignación adecuada de los riesgos es aquella que minimiza el costo de su mitigación. Esto se logra asignando cada riesgo a la parte que esté en mejor capacidad de administrarlo, en los términos del artículo 4 de la Ley 1508 de 2012, por lo cual los riesgos deben ser identificados y asignados claramente a las partes en los contratos. Así mismo, los riesgos de un proyecto se refieren a eventos o condiciones inciertas que si se producen tienen un efecto que puede ser positivo o negativo sobre el cumplimiento de los objetivos del proyecto y pueden hacer que no se alcancen los resultados previstos y los respectivos flujos esperados. Para determinar cuáles son los riesgos asociados a un proyecto se deben identificar las principales variables que determinan estos flujos. En tal sentido, asegurar la adecuada asignación y valoración de los riesgos asociados a cada proyecto es uno de los elementos fundamentales para la movilización de capital privado. Se debe facilitar la transferencia de aquellos riesgos respecto de los cuales el inversionista privado esté en mejor capacidad de administrar, generando eficiencias tanto para el privado como para las finanzas públicas y a su vez generando una reducción en las contingencias.

A partir de estos lineamientos, ciertos riesgos quedarán en cabeza de la entidad pública, entendida como la entidad concedente o contratante. Lo anterior, sin perjuicio de que, en el caso de los proyectos de iniciativa privada, el originador, en beneficio del proyecto, pueda mejorar la propuesta de asignación de riesgos, asumiéndolos en mayor cantidad en caso de que sean compartidos, manteniendo siempre el equilibrio entre riesgos y evaluando que no

se desbalancee la ecuación contractual. Así mismo, sin perjuicio de que, en el caso de los proyectos de iniciativa pública, también se puedan presentar mejoras en términos de asignación a favor de la entidad concedente, siempre que no se afecte negativamente el balance de la ecuación contractual. De igual forma, en ningún caso, la entidad concedente podrá asumir una mayor cantidad de riesgos en caso de riesgos compartidos, con relación a la asignación base presentada en este documento.

A continuación, se presentan los lineamientos para la asignación de los riesgos asociados a las diferentes áreas de los proyectos con vinculación de capital privado en el modo férreo de carga.

3.2.1. Área predial

Los riesgos asociados al área predial están relacionados con eventos como la variación en el costo de los predios²⁶, su disponibilidad oportuna y la gestión necesaria para su adquisición en cumplimiento de los requisitos de Ley, así como las actividades de vigilancia y defensa jurídica que deban ejecutarse sobre dichos predios.

Ahora bien, la asignación de los riesgos que se ubiquen bajo el área predial, serán asignados como se indica a continuación:

- (i) Los efectos favorables y/o desfavorables derivados de los costos y las demoras en la gestión predial, en relación con el resultado de gestionar la disponibilidad y/o adquisición de los predios privados necesarios para adelantar las intervenciones, en representación de la entidad pública, serán asumidos en su totalidad por el inversionista privado.
- (ii) Los efectos favorables y/o desfavorables derivados de los costos y las demoras en la gestión predial, en relación con el resultado de gestionar la disponibilidad de los predios que se ubican en zonas de uso público o baldíos o en cabeza de una entidad pública o que requieran de algún tipo de gestión pública necesaria para adelantar las Intervenciones del proyecto o que se encuentren invadidos previo a la fecha de apertura del proceso licitatorio, podrán ser asumidos por la entidad pública. Lo anterior no obsta para que el inversionista privado pueda participar en las gestiones necesarias que

²⁶ Dentro del costo de los predios, se incluyen valores de expropiaciones y las compensaciones socioeconómicas.

pueda adelantar en nombre de la entidad pública con relación a los predios baldíos que se encuentren ocupados²⁷, en línea con lo establecido en la Ley 1882 de 2018²⁸.

- (iii) Los efectos favorables y/o desfavorables derivados de las variaciones en el valor estimado de predios (incluyendo expropiación) y compensaciones Socioeconómicas podrán ser compartidos con la entidad pública. Los porcentajes serán definidos contractualmente.
- (iv) Los efectos desfavorables derivados de la vigilancia y tenencia de los predios que reciba, así como de su defensa jurídica por causas posteriores a dicha recepción, serán asumidos en su totalidad por el inversionista privado.

En todo caso, la gestión, compra y sobrecostos asociados a los predios que adquiera el inversionista privado y que no sean objeto de reversión a la entidad pública, como los utilizados como fuentes y/o disposición de materiales, serán exclusivamente a cargo del inversionista privado en términos de gestión y costos.

Como buena práctica y en línea con las prácticas internacionales, la entidad pública, en caso de contar con la disponibilidad de los predios en los que se ejecutará el proyecto, podrá pactar contractualmente la obligación de su entrega, así mismo, la entidad concedente podrá optar por adelantar un programa de adquisición de los predios requeridos en el proyecto, siempre y cuando se verifique que la entidad concedente u otra entidad pública cuenta con experiencia demostrada en la adquisición de los predios en condiciones más eficientes para el proyecto. Bajo este escenario, la entidad concedente compartirá o asumirá la gestión, desalojo, compra y entrega de dichos predios al inversionista privado. Para esto, se deberán especificar las fechas y el estado de entrega de dichos predios, así como la obligación para el inversionista privado de recibirlos en las condiciones pactadas contractualmente y asumir su seguridad y defensa jurídica.

3.2.2. Área ambiental

Los riesgos de esta área hacen referencia a los efectos de las demoras y, en general, a los relacionados con la gestión para la obtención, cesión o modificación de las licencias,

²⁷ El artículo 12 de la Ley 1882 de 2018 establece: En los trámites de gestión predial en los cuales el ejecutor de un proyecto de infraestructura identifique que los predios baldíos requeridos para el proyecto se encuentran ocupados, será procedente el pago y reconocimiento de las mejoras realizadas por los ocupantes. El precio de adquisición de estas mejoras no podrá exceder el monto establecido para una vivienda de interés prioritario. En caso de que el ocupante irregular no esté de acuerdo con el avalúo, la entidad encargada del proyecto de infraestructura procederá a solicitar a la autoridad policiva del lugar el desalojo del bien y el valor de las mejoras será puesto disposición del desalojado, mediante pago por consignación a favor de mejoratario.

²⁸ Por la cual se adicionan, modifican y dictan disposiciones orientadas a fortalecer la contratación pública en Colombia, la Ley de Infraestructura y se dictan otras disposiciones.

permisos, autorizaciones o cualquier plan o instrumento de manejo y control ambiental y compensaciones que sean aplicables al proyecto, así como los efectos de las variaciones los costos y sobrecostos efectivos que se generen por la obtención, cesión o modificación de los mismos. De igual forma este riesgo hace referencia a la variación en los costos de las compensaciones ambientales que se establezcan contractualmente. Así mismo, se incluyen en este concepto los efectos de las demoras en la obtención o modificación de dichos trámites que resulten necesarios para poder adelantar el proyecto y para cumplir la ley aplicable.

Dentro de este riesgo, se incluyen las obras menores requeridas por la autoridad ambiental competente o las solicitadas autónomamente por la entidad pública, siempre y cuando no sean solicitadas por razones imputables al inversionista privado y que sean requeridas con posterioridad a la expedición, cesión, o modificación de la licencia, permiso, autorización, o plan aprobado para el proyecto.

Teniendo en cuenta lo anterior, este riesgo será asignado de la siguiente manera:

- (i) Los efectos favorables y/o desfavorables asociados a la gestión ambiental y a la gestión para la obtención, modificación o cesión de las licencias, permisos, autorizaciones, planes o instrumentos de manejo ambiental, estarán a cargo del concesionario en su totalidad, incluidos los costos de dichas gestiones y las demoras de los trámites ante las autoridades competentes. No obstante, cuando la necesidad de expedición, cesión o modificación de licencia ambiental, permiso, autorización, plan o instrumento de manejo ambiental, se derive de una modificación regulatoria posterior a la fecha de apertura del proceso licitatorio²⁹ o posterior a la fecha de aprobación de la factibilidad³⁰, el riesgo asociado a su gestión y a los costos que se desprendan de la gestión será asignado a la entidad contratante.
- (ii) Los efectos favorables y/o desfavorables derivados de las variaciones en el valor estimado de las compensaciones ambientales producto de la expedición de licencias, permisos, autorizaciones, planes, instrumentos de manejo ambiental posteriores a la fecha de apertura del proceso licitatorio³¹ o posteriores a la fecha de la aprobación de la factibilidad³², siempre que las mismas no sean generadas por causas imputables al

²⁹ Cuando se haga relación a la apertura del proceso licitatorio en el presente documento se referirá al caso de los proyectos de iniciativa pública o de iniciativas privadas cuando el adjudicatario del proceso no es el originador.

³⁰ Cuando se haga relación a la aprobación de la factibilidad en el presente documento se referirá al caso de los proyectos de iniciativa privada cuando el originador es el mismo adjudicatario del proceso.

³¹ Véase Nota al pie 29.

³² Véase Nota al pie 30.

inversionista privado serán compartidas entre las partes, en las condiciones definidas en el contrato.

- (iii) Los efectos favorables y/o desfavorables derivados de la variación en el valor estimado de las compensaciones ambientales, asociados a las licencias ambientales, permisos, autorizaciones, planes o instrumentos de manejo que hayan sido cedidos o se encuentren vigentes a la fecha de apertura del proceso licitatorio³³ o a la fecha de la aprobación de la factibilidad³⁴ serán asumidos en su totalidad por el inversionista privado.
- (iv) Los efectos favorables y/o desfavorables de cambios por decisión del inversionista privado con respecto a las licencias, permisos, autorizaciones, planes o instrumentos de manejo ambiental luego de su aprobación inicial y durante la ejecución del proyecto serán asumidos por el inversionista privado. Lo anterior también aplica cuando el inversionista privado decida, de manera unilateral, iniciar de nuevo alguno de los trámites anteriormente mencionados.
- (v) Los costos asociados a la realización de obras no previstas en las especificaciones técnicas del respectivo contrato y que sean solicitadas por la entidad pública contratante en virtud de requerimientos efectuados por autoridades ambientales, debidamente acreditados o por las autoridades estatales competentes o que sean ordenadas mediante fallo judicial en firme, posteriores a la expedición de la licencia ambiental o instrumento de manejo ambiental o a la expedición de la modificación del instrumento de manejo y control ambiental vigente, siempre y cuando se generen por razones no imputables al inversionista privado, estarán a cargo de la entidad pública.

3.2.3. Área social y cultural

Los riesgos de esta área hacen referencia a la incidencia que los aspectos sociales puedan tener sobre el proyecto. Es así como dentro de esta área se enmarcan los riesgos relacionados con eventos como la invasión de la vía férrea o de las áreas en la que se desarrollarán las obras del proyecto cuando las mismas impidan u obstaculicen su realización o imposibiliten la operación comercial y el mantenimiento del corredor. Así mismo, dentro de esta área se encuentran entre otros, los riesgos asociados a la gestión de las socializaciones que se deben realizar con la comunidad o grupos de interés, y la gestión de consultas previas con comunidades protocolizadas o que se requieran para los nuevos acuerdos con las comunidades, así como los costos de los resultados que impliquen los acuerdos de consulta

³³ Véase Nota al pie 29.

³⁴ Véase Nota al pie 30.

previa protocolizados o los que resulten producto de acuerdos derivados de nuevas consultas previas. Así mismo, también se incluyen los efectos de la gestión y costos de la protección e intervención de Bienes de Interés Cultural (BIC) que formen parte de la infraestructura entregada en concesión.

La asignación de los riesgos del área social y cultural serán asignados como se indica a continuación:

- (i) Los efectos favorables y/o desfavorables de las demoras y los costos en las gestiones derivadas de las socializaciones con la comunidad o grupos de interés, y las demoras y los costos en las gestiones derivados de los acuerdos de consulta previa protocolizados estarán a cargo del inversionista privado en su totalidad. En caso de ser necesario adelantar nuevas consultas previas con comunidades, posteriores a la fecha de apertura del proceso licitatorio³⁵ o a la fecha de la aprobación de la factibilidad³⁶ estarán a cargo de la entidad pública.
- (ii) Los efectos de las variaciones en el valor estimado para la implementación de los acuerdos derivados de la consulta previa con comunidades protocolizados antes de la fecha de apertura del proceso licitatorio³⁷ o a la fecha de la aprobación de la factibilidad³⁸ del proyecto, estarán en cabeza del inversionista privado.
- (iii) Los efectos de las variaciones en el valor estimado para la implementación de los acuerdos de nuevas consultas con comunidades que deban adelantarse luego de la fecha de apertura del proceso licitatorio³⁹ o de la fecha de aprobación de la factibilidad⁴⁰ del proyecto podrán ser asignados a la entidad pública, siempre y cuando no sean por causas imputables al privado.
- (iv) Los efectos desfavorables correspondientes a pérdidas, daños, gastos, cargos o expensas con ocasión de la invasión de la infraestructura del proyecto por parte de terceros, en cualquiera de las etapas del proyecto serán asumidas por el inversionista privado desde el momento en que se realice la entrega de la infraestructura a este. Lo anterior, en tanto es obligación del inversionista privado tomar las medidas necesarias previstas en la ley aplicable para la defensa y protección de la infraestructura del proyecto ante las autoridades estatales competentes en la debida forma y oportunidad.

³⁵ Véase Nota al pie 29.

³⁶ Véase Nota al pie 30.

³⁷ Véase Nota al pie 29.

³⁸ Véase Nota al pie 30.

³⁹ Véase Nota al pie 29.

⁴⁰ Véase Nota al pie 30.

- (v) Los efectos favorables y/o desfavorables asociados con los costos y sobrecostos efectivos de la obtención y cumplimiento de los permisos para la utilización o para la intervención de bienes de interés cultural (BIC) necesarios o asociados al proyecto, tanto aquellos relacionados con el costo y sobrecosto de las actividades requeridas para la gestión ante las autoridades encargadas de otorgar los permisos, como aquellos relacionados con el cumplimiento de las obligaciones o compensaciones derivadas de dichos permisos o autorizaciones. Este riesgo deberá ser asignado de acuerdo con las siguientes reglas:
- (i) Cuando se cuente con el permiso o autorización debidamente expedido y notificado, a la fecha de apertura del proceso licitatorio⁴¹ o a la fecha de la aprobación de la factibilidad⁴² del proyecto, el inversionista privado asumirá a su cuenta y riesgo los costos y sobrecostos derivados del cumplimiento de las obligaciones establecidas en los permisos para la utilización o para la intervención de BIC, pactados contractualmente o establecidos en los permisos o autorizaciones a los que haya lugar. De manera similar, cuando el inversionista decida unilateralmente generar cambios a los permisos o autorizaciones u obtener un nuevo permiso o autorización deberá asumir los costos y sobrecostos derivados de los mismos.
 - (ii) La gestión, los costos y sobrecostos se encontrarán a cargo del inversionista privado cuando no se cuente con el permiso o autorización debidamente expedido, notificado o publicado con anterioridad a la fecha de apertura del proceso licitatorio⁴³ o a la fecha de la aprobación de la factibilidad⁴⁴ del proyecto. Sin embargo, la entidad concedente podrá (i) asumir parcialmente el riesgo de los sobrecostos por las compensaciones asociadas con dichas permisos o autorizaciones, para la utilización o la intervención en BIC siempre que considere que el inversionista privado no cuenta con herramientas o información suficiente para asumir dicho riesgo⁴⁵, o (ii) asumir totalmente el riesgo cuando la entidad concedente defina tramitar la obtención de los permisos o autorizaciones para la intervención de BIC, así como el cumplimiento de las obligaciones que se deriven de las mismas. Siempre y cuando se verifique que la entidad procedente cuente

⁴¹ Véase Nota al pie 29.

⁴² Véase Nota al pie 30.

⁴³ Véase Nota al pie 29.

⁴⁴ Véase Nota al pie 30.

⁴⁵ En estos casos se deberá presentar a la dependencia competente una justificación técnica y financiera de la asignación del riesgo utilizada.

con experiencia demostrada en este tipo de trámites, en condiciones más eficientes para el proyecto.

- (iii) Cuando la entidad concedente haya verificado e indicado (en cualquier etapa del proceso de contratación) que, de acuerdo con la normatividad vigente, el proyecto no requiere un permiso específico, la entidad concedente podrá asumir el riesgo de su obtención (incluyendo la asunción de los costos de su obtención y las compensaciones a que haya lugar), únicamente en el caso de que la autoridad competente exija tal permiso o autorización con posterioridad a la fecha de apertura del proceso licitatorio⁴⁶ o a la fecha de la aprobación de la factibilidad⁴⁷ del proyecto. 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, siempre y cuando los costos superen el monto pactado contractualmente.

3.2.4. Área de redes

De manera general, los riesgos que se ubican bajo esta área se refieren a los efectos favorables y/o desfavorables derivados del traslado, intervención, protección y/o reubicación de cualquier tipo de infraestructura para el transporte y suministro de servicios públicos, telecomunicaciones, hidrocarburos y, en general, de cualquier fluido o cable, o de protección de las mismas, con el fin de evitar la afectación o interferencias con el desarrollo de la infraestructura férrea y/o infraestructura logística asociada.

La variación en costos derivadas del traslado, intervención, protección y/o reubicación de las redes será compartido con la entidad pública, de acuerdo como se defina contractualmente. En todo caso la variación en costos y plazos derivados de la gestión de traslado, intervención, protección y/o reubicación de las redes estará a cargo del inversionista privado en su totalidad.

3.2.5. Área de diseño

Los riesgos asociados con el área de diseño están relacionados con la variación de los costos en la elaboración y modificación de los diseños requeridos para cumplir de manera rigurosa con las especificaciones técnicas definidas en el contrato correspondiente. Este riesgo también incluye cualquier variación entre los presupuestos que se deriven de esos

⁴⁶ Véase Nota al pie 29.

⁴⁷ Véase Nota al pie 30.

diseños y el costo real de las obras que cumplan con las especificaciones técnicas contractualmente definidas.

Por su naturaleza, los riesgos de esta área estarán a cargo del inversionista privado, que será el encargado de ejecutar los estudios y diseños del proyecto, por lo cual cuenta con una mayor capacidad para gestionarlo y administrarlo. La materialización de este riesgo implica la responsabilidad de los respectivos análisis de su variación, así como la asunción, por parte del contratista privado, de los mayores valores de otros riesgos⁴⁸ a cargo del público que se generen o que se vean aumentados como consecuencia de cambios en el diseño.

De manera general los diseños e información técnica que se pongan a disposición de los interesados o precalificados en el proceso de selección tendrán alcance de información de referencia. La no objeción por parte de la entidad concedente o la del interventor a los estudios y diseños que haya de presentar el concesionario durante la ejecución del contrato, no implica que la entidad contratante asuma total o parcialmente este riesgo.

De la regla general, se exceptúan los siguientes casos, los cuales podrán ser asignados a la entidad pública:

- (i) Los efectos favorables y/o desfavorables de los cambios en diseño que resulten de una decisión unilateral de la entidad concedente y por razones no imputables al concesionario.
- (ii) Los efectos favorables y/o desfavorables de los cambios en diseño que surjan como consecuencia de nuevas obras solicitadas por la autoridad ambiental o por la entidad concedente o por decisiones judiciales, posteriores a la expedición de la licencia ambiental y/o instrumento de manejo ambiental.

3.2.6. Área de construcción

Los riesgos asociados al área de construcción se refieren, de manera general a los efectos favorables y/o desfavorables en la estructura de costos y cronogramas, que se generen por las variaciones en las cantidades de obra, precios de mercado de los insumos y plazos para llevar a cabo las actividades de construcción y/o provisión y/o rehabilitación y/o mejoramiento de la infraestructura férrea y/o infraestructura logística asociada. Lo anterior con el fin de cumplir con las especificaciones técnicas necesarias para la consecución

⁴⁸ Se refiere a los valores adicionales que se generen con el acaecimiento de un evento, sobre otros riesgos del proyecto y que sean a cargo de la entidad concedente.

de los resultados previstos para las intervenciones a realizar dentro del alcance del proyecto. A continuación, se describen algunos de los factores comprendidos en este riesgo:

- (i) Cantidades de obra: mayores o menores cantidades de obra con respecto a las previstas inicialmente por el inversionista privado, para cumplir con las especificaciones técnicas, los indicadores de disponibilidad, calidad y de niveles de servicio pactados contractualmente. Se incluyen las asociadas a las condiciones del suelo donde se desarrollará el proyecto.
- (ii) Precios de mercado de los insumos: variación positiva o negativa de los precios de los insumos, bien sea en moneda local o extranjera.
- (iii) Plazos: sucede cuando la obra se desarrolla en un tiempo distinto al inicialmente planteado, lo cual se refleja en variaciones en los costos durante el plazo adicional que se requiere para culminar las intervenciones, así como sus efectos sobre la retribución, entre otros aspectos del contrato.
- (iv) Disponibilidad de insumos y suministro de equipos así como disponibilidad de fuentes de materiales y/o disposición de materiales de residuo: se entiende como la obtención oportuna de los insumos, materiales o equipos necesarios para llevar a cabo las actividades de construcción, así como el costo y plazos para el suministro de los elementos que se requieran para adelantar oportunamente las actividades de construcción, y aquellos elementos que se requieran como fuentes de materiales o para la disposición de residuos producidos en la ejecución del proyecto o que no sean utilizados por el proyecto.
- (v) Licencias y permisos: se refiere a la gestión y costos asociados a la obtención y cumplimiento de licencias, permisos, planes o autorizaciones para llevar a cabo las actividades de construcción, diferentes a los estipulados en los apartados 3.2.2 Área ambiental y 3.2.3 Área social y cultural.
- (vi) La variación respecto a los valores pactados contractualmente que se generen durante la etapa de construcción y específicamente respecto de la entrega anticipada o tardía de la infraestructura existente.
- (vii) Los efectos de las condiciones de la entrega de la infraestructura correspondiente al proyecto, en el estado en que sea entregado por la entidad pública, de acuerdo con los límites definidos contractualmente.

Los riesgos de esta área deberán ser asumidos en su totalidad por el inversionista privado, toda vez que es este, quien además de realizar los diseños, cuenta con mayor experiencia, conocimientos y capacidad de manejo sobre las variables que determinan el

valor de la inversión, para la realización de las obras, lo cual tiene relación directa con el lucro de la actividad para la cual fue contratado.

Lo anterior supone que el inversionista privado cuenta con información suficiente para realizar el costeo y buscar los mecanismos adecuados para la mitigación de estos riesgos, con el fin de dar continuidad al proyecto y cumplir los plazos y las obligaciones previstas contractualmente⁴⁹. Adicionalmente, tener a su cargo la responsabilidad del diseño, le permite al concesionario un mayor manejo de los supuestos, programas, planes y costos asociados con la ejecución de las obras e intervenciones requeridas para la realización del proyecto.

No existirán cubrimientos o compensaciones de parte de la entidad pública como consecuencia de la variación de cualquiera de los factores asociados con los riesgos de construcción frente a lo realmente ejecutado, incluyendo, pero sin limitarse a los citados en este apartado a título meramente enunciativo. De la regla general, se exceptúan los siguientes casos:

- (i) Si contractualmente la entidad concedente se compromete a entregar una infraestructura con determinadas especificaciones y no lo hace, este sobrecosto de terminar de construir o intervenir la infraestructura para llegar a las especificaciones pactadas será asumido por la entidad pública.
- (ii) En caso de obras de mayor complejidad técnica constructiva⁵⁰, como es el caso de los túneles y los viaductos ferroviarios, estos riesgos podrán ser compartidos con la entidad concedente.
- (iii) En caso que la entidad concedente se encargue de alguno de los componentes o se reserve la ejecución de partes de la infraestructura (o las encargue a un tercero), de manera que los elementos del sistema no queden bien integrados y/o se produzcan retrasos en la construcción. Este riesgo deberá ser específicamente tratado en el contrato en su caso, procurando delimitar al máximo las responsabilidades de cada parte interviniente y los mecanismos de coordinación, podrá ser retenido el riesgo del posible impacto en buena integración o plazos de construcción relativo a las actividades que se ha reservado la entidad contratante o ha encargado a un tercero.

3.2.7. Área de operación y mantenimiento

⁴⁹ 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.

⁵⁰ La complejidad técnica será definida y sustentada en la fase de estructuración del proyecto por parte de la entidad concedente.

Los riesgos asociados al área de operación y mantenimiento se refieren de manera general a los efectos favorables o desfavorables en la estructura de costos y cronogramas, generados por las variaciones en las cantidades, precios de mercado y plazos requeridos para llevar a cabo las obras de mantenimiento y las actividades de operación de la infraestructura férrea y/o infraestructura logística asociada y/o del material rodante y/o la prestación de servicios de transporte férreo de carga, durante toda la ejecución del proyecto. Lo anterior con el fin de cumplir con las especificaciones técnicas necesarias para la consecución de los resultados previstos para las intervenciones y actividades a realizar dentro del proyecto. A continuación, se describen algunos de los factores determinantes en los riesgos de esta área:

- (i) Cantidades de obra para las intervenciones de mantenimiento: mayores o menores cantidades de obra con respecto a las previstas inicialmente por el inversionista privado, para cumplir especificaciones técnicas, los indicadores de disponibilidad, calidad y de niveles de servicio pactados contractualmente. Se incluyen las asociadas a las condiciones del suelo donde se desarrollará el proyecto.
- (ii) Precios de mercado de los insumos: variación positiva o negativa de los precios de los insumos, bien sea en moneda local o extranjera.
- (iii) Plazos: sucede cuando la obra o actividad de operación y mantenimiento se desarrolla en un tiempo distinto al inicialmente planteado, lo cual se refleja en variaciones en los costos durante el plazo adicional que se requiere para culminar las actividades o intervenciones previstas en el contrato, así como sus efectos sobre la retribución, entre otros aspectos del contrato.
- (iv) Disponibilidad de insumos y suministro de equipos así como disponibilidad de fuentes de materiales: se entiende como la obtención oportuna de los insumos, materiales o equipos necesarios para llevar a cabo las actividades de operación y mantenimiento, así como, el costo y plazos para el suministro de los elementos que se requieran para adelantar oportunamente tanto las obras de mantenimiento como las actividades de operación, así como aquellos elementos que se requieran como fuentes de materiales o para la disposición de residuos generados en la ejecución del proyecto y que no sean utilizados por el mismo proyecto.
- (v) Licencias y permisos: se refiere a la gestión y costos asociados a la obtención y cumplimiento de licencias, permisos, planes o autorizaciones para llevar a cabo las obras de mantenimiento y las actividades de operación, diferentes a los estipulados en los apartados 3.2.2 Área ambiental y 3.2.3 Área social y cultural.

- (vi) La variación respecto a los costos pactados contractualmente que se generen en las actividades de operación y mantenimiento, por la entrega anticipada o tardía de la infraestructura existente.
- (vii) Los efectos de las condiciones de la entrega de la infraestructura correspondiente al proyecto, por parte de la entidad pública, de acuerdo con los límites definidos contractualmente.
- (viii) Los demás factores asociados a las variaciones en costos y plazos para dar cumplimiento a las obligaciones de operación y mantenimiento, con el objetivo de cumplir con la disponibilidad de la infraestructura, los estándares de calidad y los niveles de servicios requeridos para la prestación del servicio a los usuarios.

Los riesgos de esta área deberán ser asumidos en su totalidad por el inversionista privado, toda vez que es este, quien además de realizar los diseños, la construcción o intervenciones que serán operadas y mantenidas durante la ejecución del contrato, cuenta con mayor experiencia, conocimientos y capacidad de manejo las variables asociadas a la operación y el mantenimiento de las obras y actividades a desarrollar.

No existirán cubrimientos o compensaciones de parte de la entidad pública como consecuencia de la variación de cualquiera de los factores asociados a los riesgos del área de operación y mantenimiento frente a lo realmente ejecutado, incluyendo, pero sin limitarse a los citados en este apartado.

No obstante, bajo los siguientes supuestos el riesgo de la variación de costos relacionados con la operación y el mantenimiento podrá ser asignado como se señala a continuación:

- (i) Los efectos derivados de los cambios tecnológicos cuya implementación sea requerida por la entidad concedente que afecten de forma específica a este tipo de proyectos y que conlleven inversiones de adaptación. Este riesgo podrá ser compartido entre la entidad pública y el inversionista privado.
- (ii) Los efectos derivados de la no disponibilidad de la vía que genere la imposibilidad de transportar carga por el corredor férreo. Este riesgo podrá ser retenido por la entidad pública cuando sea ésta la encargada de administrar, mantener y garantizar la operatividad la vía férrea. Así mismo, en caso que la entidad concedente encargue a un tercero la operación y/o mantenimiento de la infraestructura o partes de la infraestructura y puedan ocasionarse efectos desfavorables para la operación del sistema. Este riesgo deberá ser específicamente tratado en el contrato en su caso, procurando delimitar al máximo las responsabilidades de cada parte interviniente y los mecanismos de coordinación y control, podrá ser retenido el riesgo del posible impacto

en la buena integración de la operación y mantenimiento del sistema relativo a las actividades que se ha reservado la entidad contratante o ha encargado a un tercero.

- (iii) Los efectos derivados de la no compatibilidad de los componentes del proyecto o potenciales efectos de las interfaces técnicas a las que haya lugar, en los casos en que las actividades asociadas a la construcción y/o mejoramiento de la infraestructura del proyecto férreo no se encuentren integradas con la operación, puesta en marcha y mantenimiento del proyecto férreo, podrán ser asignados a la entidad concedente para que se encargue de gestionar la mitigación de estos eventos.

3.2.8. Material rodante

Los riesgos asociados al material rodante se refieren de manera general a los efectos favorables y/o desfavorables en la estructura de costos y cronogramas, generados por las variaciones en las cantidades, precios de mercado y plazos requeridos para llevar a cabo las actividades de operación asociada al material rodante para la prestación de servicios de transporte férreo de carga, durante toda la ejecución de los proyectos. Lo anterior con el fin de cumplir con las especificaciones técnicas necesarias para la consecución de los objetivos del proyecto. A continuación, se describen algunos de los riesgos de esta área:

- (i) Efectos favorables y/o desfavorables asociados a sobrecostos en el suministro⁵¹, la instalación, el montaje, las pruebas y/o puesta en funcionamiento del material rodante incluyendo los equipos y los sistemas férreos (por ejemplo, señalización, control de trenes, comunicación, y otros).
- (ii) Efectos favorables y/o desfavorables asociados a la variación de los costos de los elementos como repuestos y partes necesarias para la puesta a punto del material rodante en condiciones de operación requeridas para transitar por vías férreas de diferente especificación.
- (iii) Efectos favorables y/o desfavorables asociados a las demoras en los tiempos de entrega de material rodante nuevo y/o repotenciado por parte de los fabricantes y/o vendedores y/o proveedores y las afectaciones que estas variaciones en las entregas de equipos generen en los tiempos de operación, explotación comercial y otras etapas o fases del proyecto.

⁵¹ Que incluye, adicionalmente, lo relacionado con el proceso de importación y homologación de los equipos de acuerdo con lo dispuesto en la normatividad aplicable.

- (iv) Efectos favorables y/o desfavorables sobre los costos y plazos para la provisión, instalación y puesta en funcionamiento de los equipos del proyecto, incluyendo el material rodante para construcción y mantenimiento de vía férrea.
- (v) Efectos favorables y/o desfavorables derivados de las condiciones del material rodante que se recibe de la entidad concedente y que será usado para la construcción, mantenimiento y operación⁵² de la vía férrea, así como sus interfaces con los diferentes subsistemas ferroviarios.

Los riesgos de esta área deberán ser asumidos en su totalidad por el inversionista privado, toda vez que es este, quien a partir de los diseños que realiza y su correspondiente plan de operaciones determinará las características óptimas del material rodante, equipo y componentes de los sistemas férreos, adicionalmente, el inversionista privado cuenta con mayor experiencia, conocimiento y capacidad de manejo sobre las actividades y elementos requeridos para la construcción, mantenimiento y operación de la vía férrea y el material rodante necesario para el desarrollo de las actividades propias de proyectos férreos de carga.

Sin perjuicio de lo anterior, los efectos favorables y/o desfavorables asociados a la variación de costos por el cambio en las especificaciones técnicas del material rodante por circunstancias no imputables al inversionista privado, serán asumidos por la entidad pública.

3.2.9. Área comercial

Los riesgos asociados al área comercial están relacionados con los eventos que afectan de manera directa los ingresos generados por el proyecto. En proyectos del modo férreo pueden existir varios tipos de ingresos:

- (i) Los ingresos regulados: son aquellos cuya actividad de recaudo se cede al concesionario y que se perciben por el uso de la infraestructura férrea, de conformidad con la resolución de tarifas que expida el Ministerio de Transporte o la entidad competente, según aplique, como lo son los ingresos por el uso de la vía férrea (demanda). Las variaciones en los ingresos regulados podrán ser compartidas entre la entidad concedente y el inversionista privado, los porcentajes serán definidos contractualmente. Por otro lado, la actividad de recaudo puede ser cedida al inversionista privado en virtud del contrato firmado entre el inversionista privado y la entidad pública, sin que ello implique necesariamente el traslado del riesgo.

⁵² Incluye el material rodante y remolcado utilizado para la prestación del servicio de transporte de carga.

- (ii) La variación de los ingresos por explotación comercial derivados de la operación comercial con los generadores de carga, es decir, aquellos que se cobran al usuario final⁵³, podrán ser compartidos siempre y cuando los ingresos representen un porcentaje superior al que defina la entidad concedente. Las condiciones bajo las cuales se compartirá se definirán contractualmente.
- (iii) Los otros ingresos por explotación comercial: son todos aquellos diferentes de los mencionados en el numeral (ii) y de los ingresos regulados que puede recaudar el inversionista privado durante la ejecución del contrato por la explotación comercial de la infraestructura del proyecto. La entidad concedente podrá incluir dentro de estos ingresos, entre otros, el uso de las zonas logísticas. La variación de otros ingresos por explotación comercial deberán ser asignados al privado.

3.2.10. Área de financiación

El área de riesgos de financiación se refiere de manera general a los efectos generados por la falta de recursos provenientes de la financiación y con los cuales debe contar el inversionista privado indispensablemente durante la ejecución del proyecto, para el adecuado desarrollo del mismo. Por su naturaleza, quien se encuentra en mejor capacidad de mitigar y manejar este riesgo es el inversionista privado. Es así como los efectos favorables y/o desfavorables de los siguientes eventos serán responsabilidad exclusivamente del inversionista privado:

- (i) La no obtención del financiamiento para la ejecución del proyecto.
- (ii) La alteración de 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 alteración de la composición de las fuentes de financiación del inversionista privado.
- (iv) La variación del monto de financiación necesaria para la ejecución del contrato.

En cuanto al riesgo de insuficiencia de recursos para el pago de la interventoría y coordinación, y del soporte contractual⁵⁴ por razones no atribuibles al inversionista privado, le será atribuido a la entidad pública. Dado que normativamente la supervisión e interventoría sobre la correcta ejecución del objeto contractual será ejercida por las entidades públicas para proteger la moralidad administrativa, prevenir la ocurrencia de actos de corrupción y

⁵³ Se entenderá como ingresos por explotación comercial de generadores de carga aquellos ingresos relacionados con el servicio de transporte de carga; por ejemplo, la tarifa de importación o exportación que pagan los dueños de la carga.

⁵⁴ Equipo multidisciplinario que realiza el seguimiento y control del proyecto.

tutelar la transparencia de la actividad contractual⁵⁵, la entidad concedente asumirá dicha insuficiencia respecto a este componente de acuerdo con las condiciones que se establezcan contractualmente.

3.2.11. Área de liquidez

Los riesgos del área de liquidez se refieren a los efectos generados por la falta de recursos líquidos que necesita el proyecto durante su ejecución, para el adecuado desarrollo y funcionamiento del mismo. Por su naturaleza, quien se encuentra en mejor capacidad de manejar y mitigar este riesgo es el inversionista privado. En este sentido, los efectos favorables y desfavorables derivados de las condiciones de la liquidez del proyecto deben ser asignados al inversionista privado.

3.2.12. Área económica

En general, los riesgos de esta área hacen referencia a los efectos favorables y desfavorables derivados de las variaciones o cambios en los ciclos de la economía nacional o internacional, así como el efecto generado sobre el proyecto de cualquier variable o situación económica que afecte de manera transversal o general a cualquier agente económico. La totalidad de efectos de los cambios en la economía global asociados a esta área de riesgo debe ser asumidos por el inversionista privado. En este sentido, se recomienda el uso de instrumentos financieros como coberturas, garantías o seguros, entre otro tipo de instrumentos existentes en el mercado que mitiguen el riesgo descrito en este apartado.

En este riesgo se incluyen los siguientes eventos, entre otros:

- (i) Las variaciones en las condiciones macroeconómicas, en los indicadores económicos colombianos o de los países de donde sean originarios los integrantes del inversionista privado o sus accionistas o de otros países que puedan afectar la economía colombiana o el desarrollo del proyecto.
- (ii) Las variaciones en la rentabilidad del proyecto, incluyendo pero sin limitarse a variables como la Tasa Interna de Retorno (TIR), así como la obtención de las utilidades o el sufrimiento de pérdidas.

⁵⁵ Ley 1474 de 2011: por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública. Artículo 83: Supervisión e Interventoría Contractual: con el fin de proteger la moralidad administrativa, de prevenir la ocurrencia de actos de corrupción y de tutelar la transparencia de la actividad contractual, las entidades públicas están obligadas a vigilar permanentemente la correcta ejecución del objeto contratado a través de un supervisor o un interventor, según corresponda.

3.2.13. Área cambiaria

Los riesgos del área cambiaria se definen como la exposición a cambios en los flujos debido a ingresos o erogaciones del proyecto que se encuentren denominadas en divisas distintas al peso colombiano y por tanto dependen de su tasa de cambio. Así, los efectos favorables y desfavorables de las siguientes situaciones son asignados al inversionista privado:

- (i) La variación en el poder adquisitivo del peso colombiano o de cualquier otra moneda, con efectos en cualquier flujo del proyecto; y
- (ii) La variación de los flujos del proyecto, debido a que sus ingresos y egresos pueden estar denominados en otras monedas y depender así del comportamiento de la tasa de cambio frente a monedas distintas al peso colombiano.

Lo anterior, toda vez que el concesionario cuenta con mayor capacidad para la gestión de los instrumentos de cobertura del riesgo cambiario en el mercado de capitales o de coberturas naturales, donde logre que su estructura de costos e ingresos estén denominada en la misma moneda. Así, el inversionista privado asume los efectos favorables y desfavorables derivados de la devaluación y revaluación real del peso colombiano frente a otras monedas, independientemente de que estas coincidan o no con las estimaciones y cálculos efectuados por las partes con anterioridad o durante la ejecución del contrato respectivo. El inversionista privado podrá acceder a instrumentos disponibles en el mercado de capitales para mitigar dicho riesgo.

Lo anterior sin perjuicio de que el Gobierno nacional pueda otorgar el ofrecimiento de una proporción de los pagos a que se comprometa en una moneda extranjera diferente a pesos colombianos, Dependiendo del alcance del proyecto y de las disponibilidades presupuestales de la Nación. Para esto, el efecto se circunscribirá a la indexación o conversión de los montos en pesos a una moneda extranjera.

3.2.14. Área regulatoria

Los riesgos del área regulatoria se entienden como los efectos favorables y/o desfavorables derivados de la variación del ordenamiento jurídico que surja con posterioridad a la fecha de apertura del proceso licitatorio⁵⁶ o posteriores a la fecha de la aprobación de la factibilidad⁵⁷ por parte de la entidad pública. Los riesgos asociados a ésta área serán tratados de acuerdo con las siguientes reglas:

⁵⁶ Véase Nota al pie 29.

⁵⁷ Véase Nota al pie 30.

- (i) Los efectos favorables y/o desfavorables derivados de las modificaciones o, en general, de cualquier cambio en la estructura tarifaria prevista para el proyecto en la resolución o acto administrativo aplicable, serán asignados a la entidad pública. Lo anterior salvo por cambios unilaterales solicitados por el inversionista privado o imputables a este, caso en el cual estos efectos serán asumidos por el inversionista privado.
- (ii) Los efectos del riesgo de cambios en la legislación tributaria (cambio tributario), entendido como la imposición de nuevos tributos o la eliminación o variación de los existentes, respecto de los vigentes a la fecha de apertura del proceso licitatorio⁵⁸ o a la fecha de la aprobación de la factibilidad⁵⁹ que en forma directa y por sí sola afecte el costo de la ejecución del contrato, podrán ser compartidos entre la entidad pública y el inversionista privado de acuerdo a como se defina contractualmente. En el caso del impuesto de renta los efectos favorables y/o desfavorables podrán ser asumidos por el inversionista privado o compartidos entre la entidad pública y el inversionista privado. En cualquiera de los casos, la entidad pública deberá presentar a la dependencia competente⁶⁰ una justificación técnica y financiera de la asignación del riesgo utilizada. Cuando se decida compartir el riesgo se deberá establecer la proporción en la que deberá ser asumido el riesgo por las partes en el respectivo contrato.
- (iii) Los efectos favorables y/o desfavorables derivados de los cambios en las especificaciones técnicas derivados de cambios regulatorios que sean solicitados por la entidad pública, por decisiones judiciales y por causas no imputables al inversionista privado, serán asumidos por la entidad pública siempre y cuando genere costos adicionales para el inversionista privado. Los efectos favorables y/o desfavorables derivados de los cambios regulatorios, administrativos o legales que afecten especificaciones técnicas, deberán ser asumidos por el concedente.
- (iv) Los efectos favorables y/o desfavorables derivados de los cambios regulatorios, administrativos, legales o técnicos diferentes a los previstos en los numerales anteriores estarán a cargo del concesionario y deberán ser aplicados o implementados por el concesionario de acuerdo con lo establecido en la normatividad emitida.

3.2.15. Fuerza mayor

⁵⁸ Véase Nota al pie 29.

⁵⁹ Véase Nota al pie 30.

⁶⁰ La dependencia competente es aquella establecida en el artículo 2.4.1.13 del Decreto 1068 de 2015.

Los eventos eximentes de responsabilidad corresponden a cualquier evento, 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, respecto de las cuales se invoca, después de haber efectuado todos los actos razonablemente posibles para evitarlo. Así las cosas y, luego de realizada la debida diligencia y las validaciones a las que haya lugar, se tomarán las acciones según la clasificación que se presenta en los párrafos siguientes. Dentro del concepto de evento eximente de responsabilidad se entiende incorporada la fuerza mayor⁶¹.

Ante la ocurrencia de eventos no asegurables, el daño emergente causado por Eventos Eximentes de Responsabilidad no asegurables será asumido por la entidad pública, por lo cual la entidad concedente asumirá los costos ociosos de mayor permanencia de obra⁶², durante la ocurrencia del evento eximente de responsabilidad. En ningún caso se incluirá lucro cesante dentro de las compensaciones a cargo de la entidad pública.

En el caso de eventos que sean susceptibles de ser asegurables, el inversionista privado asumirá todos los daños, perjuicios, pérdidas de los bienes por daños de terceros sobre bienes asociados a la infraestructura, propios del inversionista privado o sus contratistas o requeridos para las actividades de construcción y operación y mantenimiento; así como la reconstrucción de la infraestructura a su estado previo a la ocurrencia del evento eximente de responsabilidad. Adicionalmente, asumirá el lucro cesante de los eventos asegurables y no asegurables. Además, los efectos favorables o desfavorables de sobrecostos ante la necesidad de constituir, prorrogar o reexpedir mecanismos de cobertura a cargo del concesionario, durante la vigencia del contrato, también estará a cargo de inversionista privado.

En el caso en que la ocurrencia de un evento eximente de responsabilidad impida al inversionista privado concluir las obras o intervenciones del proyecto dentro de los plazos máximos previstos en el contrato, la entidad pública podrá introducir mecanismos mediante los cuales reconozca al inversionista privado una compensación especial correspondiente a la porción de la remuneración asociada a lo efectivamente ejecutado y de acuerdo con las condiciones que se establezcan contractualmente, no obstante, se recomienda que las

⁶¹ El artículo 64 del Código Civil Colombiano establece: *Fuerza Mayor o Caso Fortuito se llama fuerza mayor o caso fortuito el imprevisto o que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.* Para estos proyectos en particular se consideran eventos de fuerza mayor los actos bélicos, golpes de Estado, hallazgos arqueológicos, descubrimientos de yacimientos, entre otros.

⁶² Únicamente cuando se demuestre que los equipos o bienes quedaron paralizados debido a la ocurrencia del evento y se generaron costos por esta parálisis.

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

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 participación privada del modo férreo de transporte de carga, cuando se traten tanto de iniciativas públicas como de iniciativas privadas.
2. Solicitar a las entidades públicas concedentes el seguimiento periódico, como mínimo una vez al año, de las obligaciones contingentes pactadas, de acuerdo con las necesidades del proyecto.
3. Adoptar la implementación de los lineamientos contenidos en el presente documento CONPES, con el fin de promover y viabilizar la realización de proyectos en el modo férreo de carga, bajo el esquema de APP, concesión o esquemas de participación privada que optimicen el uso de recursos públicos.
4. Recomendar a las entidades públicas que verifiquen los valores de referencia sobre los que se calcula la compensación de los riesgos que se comparten entre el inversionista privado y la entidad pública y se revise que dichos valores se ajusten a la realidad del proyecto y a la información histórica disponible al momento de la estructuración.
5. Recomendar a las entidades públicas concedentes que, para el caso de iniciativas privadas, propendan por la utilización de los mecanismos alternativos para la compensación de riesgos a cargo del público que no desvirtúen el propósito social y económico y el alcance inicial del proyecto.

BIBLIOGRAFÍA

Agencia Nacional de Infraestructura. (2021). Fichas de Proyectos. Obtenido de Agencia Nacional de Infraestructura: <https://www.ani.gov.co/ferrocarriles-0>

Banco Interamericano de Desarrollo. (2016). Desafíos del transporte ferroviario de carga en Colombia . Obtenido de <https://publications.iadb.org/publications/spanish/document/Desaf%C3%ADos-del-transporte-ferroviario-de-carga-en-Colombia.pdf>

Colombia, G. d. (2015). PMTI. Obtenido de https://www.ani.gov.co/sites/default/files/u233/pmti_entregable_1_final_nov11.pdf

Colombia, G. d. (2020). PMF. Obtenido de <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Prensa/Plan-Maestro-Ferroviario.pdf>