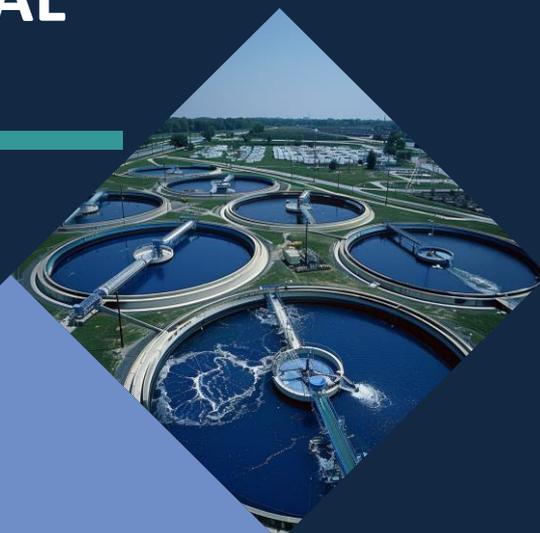




Departamento
Nacional de Planeación

GUÍA DE GESTIÓN CONTRACTUAL PARA PROYECTOS APP



P  **PP**

PROGRAMA DE PARTICIPACIÓN PRIVADA EN INFRAESTRUCTURA

TABLA DE CONTENIDO

Índice de Figuras	5
Lista de abreviaturas	6
Glosario de términos	7
Introducción y alcance.....	11
Parte A.-INTRODUCCIÓN A LA GESTIÓN DE CONTRATOS APP Y ESTABLECIMIENTO DE LA FUNCIÓN DE GESTIÓN CONTRACTUAL	14
Introducción a la Gestión de Contratos: aspectos generales	14
a) La importancia de la Gestión de Contratos.....	14
b) Objetivos y actividades de la gestión de un Contrato APP	15
c) Actividades que comprende la gestión de contratos APP.	15
d) Introducción a la gestión del desempeño y la función de la supervisión de contratos	16
e) El contrato es el marco principal para la gestión del propio contrato.....	18
f) Actitudes necesarias en la gestión del contrato	18
1. Desarrollo de la estrategia de gestión contractual	20
<i>Objetivos</i>	20
<i>Subtemas o tareas a desarrollar</i>	20
1. Planificación de la Gestión del Contrato	20
2. Acuerdos de Gobernanza.....	22
2. Configurando el equipo	26
<i>Objetivos</i>	26
<i>Subtemas o tareas a desarrollar</i>	26
1. Identificar los roles, las capacidades y las habilidades requeridas para la gestión del contrato	26
2. Incorporar asesores cuando sean necesarios. Contratación de asistencias técnicas y/o interventorías.	30
3. Establecer el equipo de gestión del contrato	32
3. Manual de Gestión de Contratos y otras herramientas de gestión.	33
<i>Objetivos</i>	33
<i>Subtemas o tareas a desarrollar</i>	33
1. Desarrollo de un Manual de Gestión de Contratos	33
2. Otras herramientas clave para la gestión de contratos	37
Parte B.-ÁREAS DE GESTIÓN CLAVE DURANTE LA VIDA DEL CONTRATO	40
Área de gestión 1. Gestión de relaciones	40
<i>Objetivos</i>	40
<i>Subtemas o tareas a desarrollar</i>	40
1. Factores clave en la gestión de relaciones con la parte privada.....	41
2. Gestión de la relación con la parte privada.	41
3. Canales y foros de comunicación adecuados.	42

4. Relaciones con la comunidad y otros grupos de interés.....	43
Área de gestión 2 Gestión del Cambio.....	46
<i>Objetivos</i>	46
<i>Subtemas o tareas a desarrollar</i>	47
1. Modificaciones por iniciativa de la entidad contratante	47
2. Modificaciones causadas por un cambio normativo	52
3. Modificaciones por iniciativa de la parte privada	53
4. Modificaciones menores.....	55
5. Eventos de “revisión o reajuste”	56
6. Cambio en la composición accionaria del contratista / control de la SPV	57
Área de gestión 3. Seguimiento, control y gestión de riesgos y compromisos fiscales, en particular de pasivos contingentes. Otras obligaciones de información internas aguas arriba	60
<i>Objetivos</i>	60
<i>Subtemas o tareas a desarrollar</i>	62
1. Monitoreo de compromisos fiscales y suministro de información sobre las obligaciones fiscales al Ministerio de Hacienda y Crédito Público (y/u otros entes responsables de las finanzas públicas).....	62
2. Informes de seguimiento/monitoreo para la supervisión de los proyectos por otras entidades co-financiadoras	65
3. Informes de seguimiento para evaluación de las APP aguas arriba (evaluaciones expost)	66
4. Reportes a entidades reguladoras y otras entidades competentes	67
Área de gestión 4. Planificación de contingencias y gestión de eventos críticos.....	68
<i>Objetivos</i>	68
<i>Subtemas o tareas a desarrollar</i>	69
1. Planear con anticipación la toma de posesión/intervención del proyecto, la gestión de eximentes de responsabilidad, situaciones de incumplimiento grave y procesos de terminación anticipada por incumplimiento o por eventos eximentes de responsabilidad.	69
2. Respondiendo a eventos inesperados	70
3. Gestión de terminación anticipada por incumplimiento	70
Área de gestión 5. Gestión del Conocimiento e Información; Planeación de la sucesión	73
<i>Objetivos</i>	73
<i>Subtemas o tareas a desarrollar</i>	74
1. Gestión del conocimiento e información.....	74
2. Planeación de sucesión	75
3. Gestión de talento y formación	76
Área de gestión 6. Resolución de conflictos	77
<i>Objetivos</i>	77
1. Entender lo que es y no es una disputa	77
2. Buenas prácticas en resolución de conflictos.	78
3. Continuación del proyecto mientras se resuelve una disputa.....	82

Área de Gestión 7. Gestión de Desempeño.....	83
Área de Gestión 8: Gestión / administración Financiera.	84
<i>Subtemas o tareas a desarrollar.....</i>	<i>84</i>
1. Gestión de fuentes de recursos e incorporación al presupuesto	84
2. Administración financiera del contrato: administración y seguimiento de los pagos y seguimiento y control de otros aspectos financieros	85
3. Patrimonio autónomo del Proyecto	86
Parte C – Actividades específicas de cada etapa	88
Área 1. La etapa preoperativa.....	88
Objetivos.....	88
Subtemas o Tareas a desarrollar	89
a) El proceso de cierre financiero	89
b) Desarrollo de Estudios y Diseños definitivos	91
c) Disponibilidad de predios, espacio público, y movilización.	91
d) Gestión predial en infraestructura lineal por parte de la parte privada	92
e) Permisos y licencias	94
f) Gestión de grupos de interés / gestión de impacto social.....	95
g) Construcción	96
h) Supervisión de la construcción	97
i) Seguimiento del cronograma de obra y gestión de retrasos.	97
j) Ensayos y pruebas previas a la puesta en marcha e inicio de la etapa de operación y mantenimiento.	98
k) Revisión de la entidad contratante y aprobaciones durante la etapa preoperativa.	99
l) Establecimiento de procesos y gestión de pagos durante construcción	100
m) Gestión de reclamaciones (eventos de compensación y eventos eximentes).	101
n) Gestión del desempeño deficiente de la parte privada y otros incumplimientos durante la fase de construcción.	102
Área 2. La Etapa de Operación y Mantenimiento	106
Objetivos.....	106
Subtemas o Tareas a desarrollar	106
a) Transición desde la fase de construcción	107
b) Actividades de la etapa de operación y mantenimiento del proyecto.	108
c) Monitoreo del desempeño	109
d) Gestión del mecanismo de pagos	110
e) Gestión de reclamaciones.....	111
f) Gestión del desempeño deficiente e incumplimientos de la parte privada durante la etapa de operación y mantenimiento.	112
Área 3. Etapa de Reversión y salida	116
Objetivos.....	116

Subtemas o Tareas a desarrollar	116
a) Asegurar el cumplimiento de las condiciones de reversión.	117
b) Planificación de la futura forma de gestión del proyecto (definición de la estrategia de salida) y garantizar la continuidad de las operaciones después de la reversión.....	118
Apéndice I. Gestión del cierre comercial: desde la adjudicación a la suscripción del contrato	121
Objetivo	121
Subtemas o Tareas a desarrollar	121
a) Satisfacción de las condiciones precedentes	121
b) Suscripción del Contrato APP.....	122
Apéndice II. Gestión contractual gestión predial, social y ambiental	123
Objetivo	123
a) Gestión predial.....	123
b) Gestión social y ambiental	126
Bibliografía.....	133

Índice de Figuras

Figura 1. Estructura de la Guía	12
Figura 2. Subtemas/tareas incluidas en el desarrollo de la estrategia de gestión contractual	20
Figura 3. Preguntas para el Desarrollo de la estrategia de gestión	21
Figura 4. Subtemas/tareas incluidas en la configuración del equipo	26
Figura 5. Conocimiento y experiencia necesarias en un equipo de gestión de contratos APP	27
Figura 6. Objetivos de la implementación y uso de herramientas de gestión de contratos	33
Figura 7. Subtemas o tareas incluidas en la gestión de relaciones	40
Figura 8. Subtemas o tareas a desarrollar en el área de gestión del cambio	47
Figura 10. Subtemas o tareas a desarrollar en el área de gestión 4.....	69
Figura 11. Necesidades a tener en cuenta en la Gestión del Conocimiento e Información.....	74
Figura 12. Subtemas o tareas a desarrollar área de gestión 5	74
Figura 13. Subtemas o tareas a desarrollar área de gestión 6	77
Figura 14. Preguntas básicas para el Desarrollo de la estrategia de manejo de una disputa	80
Figura 15. Subtemas o tareas a desarrollar área de gestión 8	84
Figura 16. Subtemas o Tareas a desarrollar durante la etapa preoperativa	89
Figura 17. Subtemas o Tareas a desarrollar durante la etapa de operación.....	107
Figura 18. Consideraciones para la revisión de incumplimientos	114
Figura 19. Subtemas o Tareas a desarrollar durante el proceso de reversión y salida	116
Figura 20. Subtemas o Tareas a desarrollar durante la gestión del cierre comercial.....	121

Índice de Cuadros

Cuadro 1. Una consideración previa	13
Cuadro 2. Objetivos de la gestión contractual	15
Cuadro 3. La supervisión y las interventorías	17
Cuadro 4. Planificación de gestión de gestión de contratos	21
Cuadro 5. Estructura de gobernanza según la Guía CP3P	24
Cuadro 6. Unidades centrales especializadas en apoyo de la gestión de contratos según prácticas internacionales	28
Cuadro 7. El Gestor de Contratos según 4Ps (UK)	28
Cuadro 8. El papel de las asistencias técnicas y las interventorías.....	31
Cuadro 9. Ejemplo de contenidos del Manual de Gestión del Contrato	35
Cuadro 10. Ejemplos de grupos de interés clave	44
Cuadro 11. Límites previstos en la ley para efectos de modificar el Contrato APP, en relación con el plazo y la cuantía	51
Cuadro 12. El registro de riesgos y su actualización.....	64
Cuadro 13. Contenidos de informes o memorias para evaluación ex - post.....	66

Lista de abreviaturas

ANI	Agencia Nacional de Infraestructuras
ANLA	Agencia Nacional de Licencias Ambientales
APP	Asociación Público-Privada
BID	Banco Interamericano de Desarrollo
BM	Banco Mundial
CONPES	Consejo Nacional de Política Económica y Social
DIAN	Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales
KPIs	Key Performance Indicators
MHCP	Ministerio de Hacienda y Crédito Público
NIT	Número de Identificación Tributaria
PMA	Plan de Manejo Ambiental
RUT	Registro Único Tributario
SIC	Superintendencia de Industria y Comercio
SPV	Special Purpose Vehicle
vpd	valor por dinero
ZODMES	Zonas de Disposición de Material de Excavación Sobrantes

Glosario de términos

Asignación de riesgos	Conforme al artículo 4 de la Ley 1150 de 2007, los pliegos de condiciones o sus equivalentes deberán incluir la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles involucrados en la contratación. En esa medida, el artículo 4 de la Ley 1508 de 2012 establece que, como parte del deber de planeación de las entidades contratantes, estas deberán hacer eficiente asignación de riesgos, atribuyendo cada uno de ellos a la parte que esté en mejor capacidad de administrarlos, buscando mitigar el impacto que la ocurrencia de los mismos pueda generar sobre la disponibilidad de la infraestructura y la calidad del servicio.
Asociación Público-Privada (APP)	La Ley 1508 de 2012 define las Asociaciones Público-Privadas (APPs) como un instrumento de vinculación de capital privado que se materializa a través de un contrato entre una entidad pública y una persona natural o jurídica de derecho privado para la provisión de bienes públicos y de sus servicios relacionados. En una APP, el sector privado asume la responsabilidad de financiar, construir, operar y mantener la infraestructura, a cambio de pagos del sector público a lo largo de un período de tiempo acordado, siempre que la infraestructura esté disponible y cumpla niveles de servicio, y estándares de calidad acordados.
Entidad pública competente	Es cualquier autoridad de la rama ejecutiva y judicial de la República de Colombia, incluyendo, pero sin limitarse al Ministerio de Transporte, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales, la Policía Nacional –Dirección de Tránsito y Transporte o quien haga sus veces-, la Agencia Nacional de Seguridad Vial, entre otras, del nivel nacional, regional, departamental, distrital o municipal, cuyas competencias se ejerzan sobre asuntos relacionados con el Contrato APP.
Beneficio	La riqueza en términos sociales, ambientales o económicos que experimenta la población objetivo al implementarse un proyecto de inversión. La evaluación de los beneficios se basa en la identificación de los problemas resueltos y su descripción se relaciona con el impacto o los propósitos asociados con el uso de los bienes generados. Estos beneficios pueden ser tanto cualitativos como cuantitativos, manifestándose en la resolución de problemas específicos o en la satisfacción de necesidades particulares.
Cierre financiero	El cierre financiero es el momento en el que toda la documentación para un proyecto ha sido firmada por las partes pertinentes y se han cumplido o renunciado todas las condiciones previas. En este punto, el prestatario (generalmente la parte privada o una entidad de propósito especial específicamente designada) puede obtener la financiación para el proyecto según lo acordado con su financiador.
Contrato APP	Se refiere al contrato entre una entidad estatal y una persona natural o jurídica de derecho privado, para la provisión de bienes públicos y de sus servicios relacionados, que involucra la retención y transferencia de riesgos entre las partes y mecanismos de pago, relacionados con la disponibilidad y el nivel de servicio de la infraestructura y/o servicio, de acuerdo con la definición establecida en el artículo 1 de la Ley 1508 de 2012. Este concepto comprende los contratos de concesión celebrados en virtud de la Ley 80 de 1993, excluyendo las concesiones portuarias regidas por la Ley 1 de 1991.
Entidad contratante	Es el órgano o entidad pública que, en representación del Estado colombiano, suscribe el contrato APP con la parte privada.
Evaluación de alternativas	La acción de analizar diversas opciones para abordar un problema específico, evaluando los costos, beneficios, riesgos e incertidumbres asociados con cada alternativa antes de tomar una decisión sobre cuál implementar.

Fase de construcción	Fase del proyecto que incluye la ejecución de actividades de construcción y demás actividades requeridas antes de iniciar la operación y el mantenimiento del proyecto.
Financiación	Se refiere a la obtención de recursos de financiación necesarios para la ejecución del proyecto. Esto comprende los recursos iniciales prestados o invertidos para cubrir los gastos de capital.
Fondo de Contingencias	Es el Fondo de Contingencias de las Entidades Estatales creado mediante la Ley 448 de 1998 y al cual la entidad contratante efectuará los aportes aprobados por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, los cuales estarán destinados a cubrir las contingencias que en virtud del Contrato asume la entidad contratante.
Fuerza Mayor	De acuerdo con el artículo 64 del Código Civil, se llama fuerza mayor o caso fortuito al imprevisto a que no es posible resistir, como eventos de la naturaleza, los actos de autoridad ejercidos por una entidad distinta a la contratante, entre otros, que están fuera del control de las partes de un contrato, y como resultado de los cuales, una parte se ve impedida de cumplir total o parcialmente con sus obligaciones bajo el contrato.
Garantes	Se refiere a las partes que brindan garantías financieras o de otro tipo para respaldar el proyecto y proteger los intereses tanto del sector público como del privado.
Giro de Equity	Es el valor mínimo correspondiente a los giros que deba hacer la parte privada al Patrimonio Autónomo en los términos y condiciones previstos en el Contrato.
Iniciativa privada	Se refiere a la iniciativa que pueden presentar los particulares para ejecutar un proyecto APP, de acuerdo con las condiciones señaladas en la Ley 1508 de 2012 y el Decreto 1082 de 2015.
Iniciativa pública	Se refiere a la iniciativa de cualquier entidad estatal para ejecutar proyecto bajo esquema APP de acuerdo con las condiciones señaladas en la Ley 1508 de 2012 y el Decreto 1082 de 2015.
Interventoría	<p>De acuerdo con la definición prevista en el artículo 83 de la Ley 1474 de 2011, se refiere al seguimiento técnico que sobre el cumplimiento del contrato realice una persona natural o jurídica contratada para tal fin por la entidad estatal, cuando el seguimiento del contrato suponga conocimiento especializado en la materia, o cuando la complejidad o la extensión del mismo lo justifiquen. Acorde a la naturaleza del contrato principal, se podrá contratar el seguimiento administrativo, técnico, financiero, contable, jurídico del objeto o contrato dentro de la interventoría. En el contexto de los Contratos APP su contratación es obligatoria de conformidad con el artículo 33 de la Ley 1508 de 2012.</p> <p>La función de la Interventoría comprende entre otros el monitoreo sobre el progreso del proyecto, verificar el cumplimiento de los estándares de calidad, asegurar el uso eficiente de los recursos, y propiciar una comunicación adecuada entre la entidad contratante y la parte privada.</p>
Manual de Gestión del Contrato	El manual de gestión de contratos es un documento desarrollado por el equipo de gestión del contrato de la entidad contratante que describe las políticas, procedimientos y responsabilidades que rigen la gestión eficaz del contrato respectivo a lo largo de su vida. Proporciona información detallada para el equipo de gestión del contrato sobre cómo administrar el contrato durante la vida del proyecto. Es necesario revisarlo y actualizarlo periódicamente.
Mecanismo de pago	De acuerdo con el artículo 5 de la Ley 1508 de 2012, se refiere a los mecanismos de retribución al concesionario por la ejecución del Contrato APP, los cuales se encuentran condicionados a la disponibilidad de la infraestructura, al cumplimiento de niveles de

	servicio, y estándares de calidad en las distintas unidades funcionales o etapas del proyecto.
Parte privada	La entidad del sector privado que resulta adjudicataria del Contrato APP. Tradicionalmente, la parte privada será un vehículo de propósito especial creado específicamente para los fines del proyecto.
Patrimonio Autónomo	Es el patrimonio autónomo que deberá constituir el socio privado mediante la celebración del Contrato de Fiducia Mercantil con la Fiduciaria. El Patrimonio Autónomo será el centro de imputación contable del Proyecto y por lo tanto todos los hechos económicos del Proyecto serán contabilizados en dicho Patrimonio incluyendo, pero sin limitarse a todos los ingresos y gastos del Proyecto.
Riesgos	<p>El riesgo se refiere a cualquier evento futuro e incierto que pueda tener un impacto positivo o negativo en el logro de los objetivos de un proyecto o inversión. Esta incertidumbre se evalúa considerando tanto las posibles consecuencias de un evento como la probabilidad de que dicho evento ocurra. Evaluar y gestionar el riesgo implica identificar y analizar estos eventos potenciales y sus efectos, así como desarrollar estrategias para mitigar su impacto y aumentar la probabilidad de éxito del proyecto o inversión.</p> <p>Conforme al artículo 4 de la Ley 1508 de 2012, los Contratos APP deberán contar con una eficiente asignación de riesgos, atribuyendo cada uno de ellos a la parte que esté en mejor capacidad de administrarlos, buscando mitigar el impacto que la ocurrencia de los mismos pueda generar sobre la disponibilidad de la infraestructura y la calidad del servicio.</p>
Riesgos del Proyecto	<p>Aquellos riesgos que pueden provocar que las circunstancias reales del proyecto difieran de las asumidas al pronosticar los beneficios y costos del proyecto.</p> <p>Los riesgos del proyecto son aquellos eventos o condiciones que tienen el potencial de afectar negativamente el curso del proyecto, haciendo que los resultados reales difieran de las expectativas iniciales en términos de beneficios y costos. Estos riesgos pueden surgir de diversas fuentes, como cambios en las condiciones del mercado, problemas técnicos, retrasos en la entrega, fluctuaciones económicas u otros factores imprevistos que puedan impactar en la ejecución y resultados del proyecto.</p>
Riesgo residual	El riesgo residual en un contrato de Asociación Público-Privada (APP) se refiere al riesgo remanente después de su tratamiento mediante mitigación o cobertura o transferencia a la otra parte.
Sociedad de Propósito Específico (Special Purpose Vehicle)	Corresponde al vehículo de propósito especial o sociedad de objeto especial constituido por el adjudicatario del proceso de selección para desarrollar un Contrato APP.
Step-in	<p>Es la facultad que tienen los garantes, financiadores y, en determinados casos, la entidad contratante para tomar la posesión del proyecto APP y garantizar la prestación del servicio.</p> <p>Al ejercer este derecho, le corresponderá asumir todas las medidas necesarias para continuar su ejecución directamente, o a través de terceros.</p>
valor por dinero	Esta guía emplea el término Valor por dinero como concepto general, que denota el grado en que los beneficios derivados de una inversión, política o decisión pública superan los costos que de estos se derivan. Igualmente, cuando comparamos dos opciones para una decisión, la opción que representa mejor valor por dinero será aquella que genere mayor beneficio neto (mayor valor para el ciudadano o contribuyente). Igualmente, esta guía hace referencia al concepto de valor por dinero aplicado a ciertas decisiones de gestión

(por ejemplo, terminar anticipadamente y licitar un contrato ante una modificación, en lugar de modificar el contrato, o aceptar un determinado presupuesto en una negociación), en el entendido de que la decisión a adoptar debe ser la que genere mejor relación de valor por dinero (mayor beneficio neto para la sociedad, o para mismo resultado beneficio, el menor costo).

Al referirse esta guía a que ciertas decisiones deben estar sustentadas en la protección del valor por dinero, ello no implica la necesidad de realizar un análisis cuantitativo de la decisión o las opciones existentes, del tipo previsto en la resolución 3656 de 2012 y referido como Comparador Público Privado¹.

¹ El concepto de vpd es utilizado igualmente en Colombia para el desarrollo de la herramienta de Comparador Público Privado (CPP) el cual juega un papel determinante en el desarrollo de proyectos de infraestructura, dado que de acuerdo a la resolución 3656 de 2012, es una de las metodologías definidas por el Departamento Nacional de Planeación para la justificación de la utilización del mecanismo de Asociación Público Privada, requisito que a su vez es indispensable para todos los proyectos que quieran ser ejecutados mediante este mecanismo. Según la resolución 3656 de 2012, el Comparador Público Privado (CPP) es definido como “La metodología cuyo objetivo es comparar los costos para el sector público, ajustados por nivel de riesgos, de ejecutar un proyecto bajo la modalidad de Proyecto Público contra los costos para el sector público, ajustados por nivel de riesgos, de ejecutar este mismo proyecto bajo la modalidad APP. El proyecto seguirá la modalidad de ejecución que demuestre mayor valor por dinero (VPD)”

Introducción y alcance

La gestión efectiva de los Contratos APP es esencial para asegurar el éxito y la sostenibilidad de éstos. En este contexto, la Guía de Gestión de Contratos APP en Colombia, entendida esta como el conjunto de actividades que se deben desarrollar desde la firma del contrato hasta su finalización, busca proporcionar pautas y directrices para una gestión contractual sólida y eficiente, incluyendo la debida planificación de la estrategia de gestión contractual, así como preparación para la gestión de la salida y las acciones a tomar una vez finalizado el contrato para mantener la continuidad del servicio.

Aplicación

Esta guía es aplicable a aquellos proyectos estructurados bajo esquemas de asociación público – privado a los que se refieren la Ley 1508 de 2012 que involucren inversión privada o participación del sector privado, así como las concesiones regidas por la Ley 80 de 1993. Si bien la Guía no es aplicable a las concesiones portuarias de que trata la Ley 1 de 1991, puede ser utilizada como una herramienta de gestión.

Se debe tener en cuenta que una guía general de gestión de contratos, como es esta, es un documento que facilita líneas maestras para la gestión del contrato, aplicable a toda entidad y todo proyecto, no siendo un modelo de Manual de Gestión de Contratos, manuales que deben ser realizados conforme a las particularidades de cada caso concreto.

Si bien muchos de los contenidos de esta Guía son una referencia válida directa para la gestión de determinadas áreas o temas y para la gestión de determinadas actividades específicas, las entidades públicas pueden considerar lo conveniente de adaptar estos principios generales a su realidad más concreta.

De esta manera pueden optar por incorporar sus disposiciones en sus manuales de contratación, mejorar sus procesos internos o utilizar la guía como referencia para desarrollar su propia guía de gestión de proyectos APP, sin que se pretenda con esta Guía establecer obligaciones adicionales a las previstas en el ordenamiento jurídico a cargo de las entidades contratantes de Contratos APP.

Los procedimientos y procesos que se consideran más relevantes están desarrollados dentro de la guía, con relación a determinadas actividades o tareas que así lo requieren, pero se debe entender que el desarrollo de tales procedimientos a detalle depende por un lado de las prácticas usuales de la entidad, y por otro en muchos casos depende de lo previsto en el propio contrato².

En definitiva, el objetivo de esta guía es mejorar la gestión de los Contratos APP que involucren inversión privada o participación del sector privado, así como las concesiones regidas por la Ley 80 de 1993 en Colombia, brindando herramientas prácticas y orientación para asegurar la eficiencia y el éxito de estos proyectos en beneficio de todas las partes interesadas.

Esta guía se divide en tres partes como se muestra en la Figura 1. Estructura de la Guía a continuación:

² En ese sentido, el desarrollo de muchos procedimientos deberá realizarse en el Manual de Gestión del contrato (ver **3. Manual de Gestión de Contratos y otras herramientas de gestión.**), como herramienta principal de una entidad contratante para la efectiva gestión de cada proyecto. Es cuestión de la entidad contratante el definir cuando puede ser conveniente que se desarrolle en un apéndice como documento aparte, o incluso la conveniencia de generar determinados procedimientos estandarizados a aplicar a distintos proyectos que respondan a una misma tipología, y/o al mismo diseño de contrato, o para los que en todo caso resulte aplicable el mismo procedimiento.

Figura 1. Estructura de la Guía

Parte A Introducción a la gestión de contratos APP y establecimiento de la función de la Gestión Contractual	Introducción a la Gestión de Contratos: aspectos generales
	Desarrollo de la Estrategia de Gestión Contractual
	Configurando el equipo
	Manual de Gestión de Contratos y otras herramientas de Gestión
Parte B Áreas de gestión clave durante la vida del contrato	Área de gestión 1 – Gestión de relaciones
	Área de gestión 2 – Gestión del cambio
	Área de gestión 3 – Seguimiento y control del riesgo y compromisos fiscales, en particular pasivos contingentes y otras obligaciones. Otras obligaciones de información internas aguas arriba
	Área de gestión 4 – Gestión de riesgos, planeación de contingencias y gestión de eventos críticos
	Área de gestión 5 – Gestión del conocimiento e información, planeación de la sucesión
	Área de gestión 6 – Resolución de conflictos
	Área de Gestión 7. Gestión de Desempeño
	Área de Gestión 8: Gestión / administración Financiera
Parte C Actividades específicas de cada Fase	Área 1- Etapa de Preoperación o preoperativa
	Área 2- Etapa de Operación y mantenimiento
	Área 3- Etapa de reversión y salida

En la **Parte A** se introduce a la función de gestión de contratos y se explica cómo configurar dicha función a partir de las gestiones y actividades de planificación y preparatorias que se deben realizar o considerar, previas al inicio de la ejecución efectiva de las actividades de gestión contractual que arrancan con la firma del contrato. El Cuadro 1. Una consideración previa 1 presenta algunos aspectos claves sobre la preparación previa de los proyectos.

En la **Parte B** se describen pautas y recomendaciones en relación con las principales áreas de gestión las cuales se han definido siguiendo lo previsto y recomendado en las guías globales de buenas prácticas de gestión contractual de APPs más relevantes (adaptando debidamente las recomendaciones y pautas cuando sea necesario a la realidad jurídica y práctica de Colombia).

Por último, la **Parte C** ofrece consideraciones prácticas para cada etapa del contrato, para la gestión del contrato así:

- (i) Etapa de **Pre-operación** o preoperativa (que se divide en la fase de preconstrucción y la fase de construcción, e incluye entre otros, los trabajos previos a la construcción, elaboración de estudios, diseño definitivo, Cierre financiero y otras actividades precedentes, los trabajos de construcción y la aceptación para la puesta en marcha de la infraestructura);
- (ii) Etapa de **Operación y mantenimiento** (inicia a partir de la terminación de la etapa preoperativa hasta la finalización de la etapa de operación y mantenimiento del contrato) e incluye principalmente, las actividades necesarias para la operación y mantenimiento del proyecto; y
- (iii) Etapa de **reversión** y **“Salida”**, en la que se incluyen las actividades preparatorias y de ejecución de la reversión, ya que, aunque tengan lugar durante los últimos años de las operaciones están íntimamente ligadas al hito de terminación contractual.

No obstante las pautas y directrices que se brindan en relación a la gestión contractual, y lo relevante de esta para la marcha exitosa de los proyectos, hay que tener muy presente que el éxito de un contrato

depende en grandísima medida de la adecuada preparación y estructuración del mismo (incluyendo saber identificar cuando un proyecto no debe ser contratado como APP o no contratado en absoluto) así como de la calidad y claridad en el diseño y redacción del propio contrato, cuestiones que no pertenecen al ámbito de esta guía. El **Cuadro 1** presenta algunos aspectos claves sobre la preparación previa de los proyectos.

Esta Guía aborda también en el **Apéndice I. Gestión del cierre comercial: desde la adjudicación a la suscripción del contrato** la buena gestión de los procesos previos a la firma del contrato o que culminan con esta, después de la formalización de la ejecución. De manera previa al inicio de la actividad de gestión contractual en sentido estricto, la entidad contratante debe gestionar estos procesos a fin de garantizar que el contrato es firmado y entre en vigor según lo previsto y en el tiempo máximo previsto en el pliego de condiciones.

Adicionalmente la guía aporta en el **Apéndice II. Gestión contractual gestión predial, social y ambiental** una serie de notas prácticas profundizando en aspectos específicos de la gestión predial, social y ambiental de los proyectos de APP.

Cuadro 1. Una consideración previa

La gestión de contratos es crucial para el éxito del proyecto, pero es importante comprender que una buena gestión de contratos por sí sola no puede garantizar el éxito de éstos. Existen numerosas amenazas y conflictos que pueden surgir durante la ejecución del contrato y afectar su finalización exitosa. Muchas de estas amenazas y conflictos pueden evitarse o reducirse mediante una preparación y estructuración adecuadas del proyecto y del contrato.

No se puede subestimar la importancia de preparar adecuadamente el proyecto y el contrato como primer paso crucial hacia el éxito. Esta preparación implica realizar un análisis exhaustivo de las necesidades, objetivos y requisitos, así como de los riesgos potenciales que puedan surgir durante su ejecución. Una mala preparación del proyecto puede resultar en una serie de problemas posteriores que impactarán negativamente en su implementación. Por ejemplo, fallas en la gestión de grupos de interés con influencia en la definición final del proyecto o en su buen desarrollo, objetivos del proyecto poco claros con requisitos técnicos mal definidos o la falta de identificación de riesgos pueden generar demoras, costos adicionales y, en última instancia, insatisfacción.

Otro aspecto esencial en la preparación de un proyecto es la adecuada estructuración y redacción del contrato. El contrato debe reflejar de forma precisa y clara los objetivos, requisitos y responsabilidades de las partes involucradas, precisar la asignación de riesgos y los mecanismos para su tratamiento y resolver posibles disputas. Una mala estructuración del contrato puede dejar lagunas o ambigüedades que podrían generar incertidumbre, afectación del servicio, abuso de derechos y controversias.

Ahora bien, si bien es importante que el contrato establezca reglas claras y precisas para la ejecución del proyecto, es igualmente necesario que incorpore cierto grado de flexibilidad. Los proyectos se enfrentarán sin duda a cambios inesperados debido a factores externos, a necesidad de ajustes por la evolución de las necesidades originales o a cambios en la legislación, entre otros. Por lo tanto, el contrato debe contemplar mecanismos para anticipar y gestionar estos cambios de manera eficaz y oportuna, sin comprometer la integridad del proyecto, pues no hay que olvidar que la gestión del contrato debe seguir las reglas establecidas en este.

Parte A.-INTRODUCCIÓN A LA GESTIÓN DE CONTRATOS APP Y ESTABLECIMIENTO DE LA FUNCIÓN DE GESTIÓN CONTRACTUAL

Introducción a la Gestión de Contratos: aspectos generales

Parte A. Introducción y establecimiento de la función

Introducción a la gestión de contratos: aspectos generales

1. Desarrollo de la estrategia de gestión contractual
2. Configurando el equipo
3. Manual de gestión de contratos y otras herramientas de gestión

a) La importancia de la Gestión de Contratos

La buena gestión de contratos es crucial para el éxito de una APP. La falta por parte de la entidad contratante de una administración adecuada del contrato inevitablemente afectará el resultado de valor por dinero³ para la sociedad que se esperaba cuando se aprobó el contrato.

Aunque los Contratos APP consisten precisamente en delegar o transferir a un agente privado la responsabilidad en la gestión de un bien o activo público, requieren considerables esfuerzos de gestión por parte de las entidades públicas, las cuales no dejan de ser las responsables últimas del activo y del servicio.

Los Contratos APP tienen plazos largos durante los cuales múltiples amenazas afectarán el buen devenir del contrato y el éxito del proyecto (modificaciones deseables o necesarias por cambios en las necesidades, riesgos o eventos inesperados, disputas entre las partes etc.). Cuanto más grande y complejo sea el proyecto, mayor será la probabilidad y la magnitud de estos eventos.

La entidad contratante debe gestionar activamente el contrato para garantizar que la parte privada entregue las obras y los servicios tal como se especifica en el contrato. La entidad contratante también debe responder a futuros eventos y riesgos, y gestionar los cambios, aplicando el marco contractual.

La asignación de riesgos debe gestionarse durante toda la vida del proyecto. Se debe asegurar que el socio privado asuma los riesgos asignados en el contrato y que los mitigue adecuadamente. Igualmente se debe monitorear y gestionar eficazmente los riesgos asumidos por la entidad pública.

La buena gestión de contratos no garantizará un resultado exitoso. Pueden ocurrir eventos inesperados que den lugar a que los resultados reales del proyecto no alcancen las expectativas. Sin embargo, una buena gestión de contratos proporciona la mejor gestión posible de estos eventos y de los cambios y ajustes necesarios, siempre buscando minimizar el impacto negativo de cambios y riesgos en el servicio a prestar, en los costos y, en última instancia, en el valor por dinero del proyecto.

³ El valor por dinero de un proyecto es el grado en el que un proyecto genera valor neto para la sociedad, es decir, la medida en que un proyecto, como intervención de inversión pública, genera más beneficios que costos.

b) Objetivos y actividades de la gestión de un Contrato APP

La Gestión del Contrato APP se puede definir como el conjunto de procesos, metodologías y recursos que permite el buen desarrollo del proyecto desde su contratación hasta el final de su vida operacional (Banco Interamericano de Desarrollo BID , 2021).

Su objetivo es tratar de garantizar el buen fin del proyecto, es decir, conseguir que se obtengan los resultados deseados en cuanto al beneficio para la sociedad, pero al tiempo que se controla en todo momento la asequibilidad del proyecto y se protege el valor por dinero⁴. Los objetivos de la gestión contractual se presentan a continuación en el Cuadro 2:

Cuadro 2. Objetivos de la gestión contractual
La entidad contratante debe gestionar el contrato de manera acorde con sus términos con el fin de garantizar: <ul style="list-style-type: none">• que se entreguen los servicios de manera acorde con las especificaciones requeridas en el contrato;• que el proyecto se mantenga asequible, velando por la sostenibilidad fiscal;• que se proteja el valor por dinero; y• que los riesgos sean gestionados de manera consistente con la asignación de riesgos prevista en el contrato.

c) Actividades que comprende la gestión de contratos APP.

La gestión contractual abarca un número de actividades que van más allá del seguimiento al cumplimiento de las obligaciones del privado. La supervisión y el monitoreo del desempeño y el cumplimiento de obligaciones son esenciales en la gestión de contratos, y esta misma no debe ser percibida únicamente como la actividad de control y fiscalización de las obligaciones. La gestión va más allá de estos puntos.

La gestión del contrato incluye responsabilidades y gestión activa no solo de las obligaciones y el desempeño, sino también de los riesgos y contingencias (con miras a garantizar la continuidad del servicio, y a proteger el valor por dinero), la gestión de los cambios (con miras a proteger la asequibilidad o sostenibilidad fiscal), la gestión de los reclamos (con miras a mantener la equidad del contrato) y la gestión de las disputas (con miras a tratar de solventarlas de la manera más costo efectiva posible).

Para gestionar eficazmente un contrato es necesario organizar y administrar cuantiosa información y documentos (gestión de información y gestión documental), gestionar adecuadamente las comunicaciones con el partícipe privado y gestionar la relación con este (la parte privada o proveedor del servicio es un *stakeholder*).

También se debe adoptar una estrategia de gestión del conocimiento y el talento para garantizar la disponibilidad en todo momento de las capacidades necesarias, y dotarse de sistemas y procesos ordenados para administrar nuestras propias obligaciones, tanto de tramitación de autorizaciones y respuestas como desde luego en relación con los pagos.

⁴ Proteger el valor por dinero implica controlar que no se pierde beneficio neto para la sociedad. Por ejemplo, que se acomete una modificación contractual porque, en sí, genera más beneficios que costos. O que se gestiona proactiva y eficazmente el desempeño para hacer lo posible para que el nivel de servicio sea el esperado, o caso contrario la pérdida de bienestar por servicio deficiente se corrige con penalizaciones o, en el extremo, se termina anticipadamente, a fin de poder identificar un nuevo prestador.

Las responsabilidades de la gestión de un contrato incluyen también el reporte en tiempo y forma a las diferentes entidades e instancias de control (en especial a la cabeza del sector, al Ministerio de Hacienda o la entidad correspondiente, con relación a la sostenibilidad fiscal del proyecto, entre otras entidades), y la gestión en general de las relaciones con otros grupos de interés, en especial internos.

Por último, la gestión del contrato tiene que ver también con gestionar anticipadamente (mediante los planes adecuados) la finalización de este, lo que la doctrina denomina la “salida” del contrato para entrar en la nueva fase de gestión posterior a este, bien sea dicha finalización ocurra por la expiración natural de su plazo o por un evento que conlleve su terminación anticipada.

Estas actividades y responsabilidades son tratadas en los dos bloques o “Partes” posteriores (Partes B y C), después de revisar la importancia de definir y planificar la “estrategia de gestión”, el equipo, los medios y las herramientas que se requieren en el bloque o Parte introductoria (Parte A).

d) Introducción a la gestión del desempeño y la función de la supervisión de contratos

La supervisión y para el caso particular de Colombia la interventoría, desempeña un papel crucial como función de apoyo a la gestión del desempeño, pues es una actividad que proporciona la información necesaria para evaluar ese desempeño. Pero el seguimiento y supervisión de los contratos no debe ser un fin en sí mismo sino un instrumento para gestionar el desempeño o los problemas o defectos de desempeño (es decir, gestionar los problemas que afectan a la calidad del servicio de la infraestructura). En el Cuadro 3. *La supervisión y las interventorías* se presentan algunas consideraciones relativas a la función de la supervisión de contratos.

Hay que entender que la gestión del desempeño, por muy relevante que sea, no es la única área de actividad o de gestión. Igualmente se debe comprender que la misma va o debe ir más allá de la mera detección de incumplimientos, debiendo tener como objetivo principal prevenirlos.

A través de un enfoque proactivo y sistemático, la gestión del desempeño permite a las partes contratantes monitorear y evaluar el progreso del contrato en relación con los objetivos establecidos y los estándares de rendimiento esperados. Esto implica no solo identificar posibles incumplimientos, sino también implementar medidas oportunas para en primer lugar evitar que estos mismos ocurran⁵.

Es importante destacar que el propósito principal de la gestión del desempeño es prevenir incumplimientos antes de que se materialicen. En vez de detectar y exigir la corrección de los problemas cuando surjan (gestión reactiva), la gestión del desempeño busca anticipar posibles desviaciones del contrato y adelantar medidas preventivas para abordarlas antes. Esto implica establecer mecanismos de seguimiento efectivos en base a una serie de indicadores clave de desempeño y establecer sistemas de alerta temprana para identificar y mitigar potenciales riesgos y fallas.

Por otra parte, hay que entender que la gestión del desempeño no es una tarea separada del resto de actividades y áreas de la gestión contractual, sino un elemento interconectado o integrado con estas. Por ejemplo:

La buena gestión del desempeño se verá influida por una mala administración del mecanismo de pagos (*área de gestión financiera del contrato, ver **Área de Gestión 8: Gestión / administración Financiera.*** de

⁵ Ejemplos de esta actitud preventiva serían el debido control anticipado de la necesidad de realizar por parte del agente privado, oportunamente, las reinversiones; el requerimiento de un plan de mejora u optimización del cronograma de obra ante indicios de acumulación de retrasos; o el debido manejo de los avisos de potencial incumplimiento de indicadores de servicio para que la situación se rectifique.

manera que, si la entidad contratante administra mal la obligación de pagar en tiempo y forma, se generan desincentivos para la buena gestión del servicio por el privado y/o se puede influir en generar un sentimiento “adversario” y no de socios o de asociación por un objetivo común.

La buena gestión de los mecanismos de incentivos al buen desempeño, en forma de penalizaciones y deducciones a los pagos, incluye por ejemplo el procurar discusiones directas y amigables para clarificar posibles situaciones de incumplimiento, y en este ámbito se cruza la gestión del desempeño con la gestión de relaciones (el *Área de gestión de relaciones se describe en la Parte B de este documento*).

Cuadro 3. La supervisión y las interventorías

*El artículo 83 de la Ley 1474 de 2011 establece que las entidades estatales tienen “*la obligación de vigilar permanentemente la correcta ejecución del objeto contratado*”, a través de un supervisor o interventor.

Ese mismo artículo define la supervisión como el “*seguimiento técnico, administrativo, financiero, contable, y jurídico sobre el cumplimiento del objeto del contrato*” y se establece que puede ser ejercida por la misma entidad estatal (cuando no requieren conocimientos especializados), o con personal de apoyo, a través de contratos de prestación de servicios.

En cuanto a la interventoría, el artículo 83 de la Ley 1474 de 2011 la define como el seguimiento técnico sobre el cumplimiento del contrato, cuando dicho seguimiento suponga conocimientos especializados en la materia, o cuando la complejidad o la extensión del contrato lo justifiquen. Asimismo, cuando sea acorde a la naturaleza del contrato principal, la entidad puede contratar el administrativo, técnico, financiero, contable, jurídico del objeto o contrato dentro de la interventoría.

Tratándose de Contratos APP regidos por la Ley 1508 de 2012, debido a su complejidad técnica –y en parte a la ausencia de capacidad técnica de las entidades para ejercer directamente el seguimiento a su ejecución– el artículo 33 de la Ley 1508 de 2012 dispone que (...) *la interventoría deberá contratarse con una persona independiente de la entidad contratante y, del contratista. Dichos interventores responden civil, fiscal, penal y disciplinariamente, tanto por el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de interventoría, como por los hechos u omisiones que les sean imputables y causen daño o perjuicio a las entidades, derivados de la celebración y ejecución de contratos respecto de los cuales hayan ejercido o ejerzan las funciones de interventoría, siempre y cuando tales perjuicios provengan del incumplimiento o responsabilidad directa, por parte del interventor, de las obligaciones que a este le corresponden con el contrato de interventoría*”. A su vez, la entidad debe ejercer directamente la supervisión sobre la interventoría de los proyectos.

En ejercicio de estas funciones, los interventores tienen la facultad para solicitar informes, aclaraciones y explicaciones sobre el desarrollo de la ejecución contractual (Ley 1474 de 2011, artículo 83), aportando experiencia técnica y brindando información valiosa que permite a la entidad contratante tomar decisiones informadas y oportunas.

En definitiva, la labor del interventor, con relación al seguimiento del contenido obligacional del contrato, debe ser el de prestar apoyo técnico a la entidad contratante, identificando posibles incumplimientos y evaluando el buen desempeño del contrato, a fin de recomendar las posibles medidas a tomar por parte del responsable de la gestión contractual (el gestor del contrato), sin perjuicio de que este mismo para determinadas decisiones deberá escalar el asunto aguas arriba al responsable del contrato.

Se destaca que el interventor no reemplaza a la entidad en su posición de parte contratante en el Contrato APP. En esa medida, la entidad no debe abstraerse de sus obligaciones como contratante y,

en particular, la toma de decisiones sobre modificaciones, sanciones, otorgamiento de plazos de cura, entre otros. El interventor no es un mandatario ni un delegado de la entidad, por lo que la función pública sigue en cabeza de la entidad contratante.

Esto, es sin perjuicio de la asistencia o apoyo que pueden prestar las interventorías (y/o cualquier asesor o consultor bajo el concepto de asistencia técnica) en otros aspectos de la gestión contractual, lo cual deberá ser evaluado por la entidad contratante según las necesidades del proyecto y de la entidad misma, como se explica en el **Cuadro 8. El papel de las asistencias técnicas y las interventorías más adelante**

e) El contrato es el marco principal para la gestión del propio contrato

El Contrato APP establece los derechos y obligaciones del socio privado y de la entidad contratante. Constituye el marco principal para la Gestión de Contratos, proporciona herramientas para prevenir, desincentivar y sancionar el mal desempeño del privado (por ejemplo, multas y deducciones o reducciones a los pagos y terminación anticipada en último extremo), y proporciona (o debe proporcionar) procesos para gestionar los cambios, las reclamaciones por riesgos y las disputas.

La entidad contratante debe velar por que todas las medidas, acciones y decisiones que tome se implementen con respecto al marco contractual. La entidad contratante debe responder a eventos de fallas de incumplimiento, modificaciones o riesgos de acuerdo con lo establecido en el contrato (además de lo permitido por la Ley), y no llegando a acuerdos con el socio privado ajenos a lo previsto en el contrato.

f) Actitudes necesarias en la gestión del contrato

El gestor de un Contrato APP debe saber reconocerse como representante del dueño del proyecto, y actuar como tal dueño del proyecto (*ownership*). A pesar de que hemos contratado a un agente del sector privado la gestión integral y a largo plazo de una infraestructura, y que esta está siendo financiada por dicho agente, el proyecto sigue siendo “nuestro proyecto”. En realidad, la gestión de un Contrato APP es la “gestión indirecta del propio proyecto”, es decir, la buena gestión del instrumento por el que se ha delegado en un agente privado las responsabilidades frente al contribuyente. Pero el proyecto sigue siendo de la entidad contratante.

El principio de *ownership* en gestión de proyectos / *project management* puede estar en riesgo por la falsa sensación de que ya no tenemos que rendir cuentas, pensando erróneamente que es solo dicho agente (el contratista privado) quien las debe rendir.

El entender que el sector público / entidad contratante sigue siendo el dueño del proyecto ayuda a entender cómo se sigue siendo responsable frente al contribuyente, y por tanto un fracaso del proyecto o contrato (en términos de un fallo de este por mala gestión o mal desempeño del agente privado) es un fallo también nuestro como gestores, o de la entidad contratante como responsable última del buen desempeño del proyecto.

Esto llama entonces a dos de las actitudes y enfoques fundamentales en la gestión de un Contrato APP, como son la mentalidad proactiva y la actitud colaborativa.

La actitud proactiva implica hacer lo posible por anticipar y abordar posibles desafíos y riesgos antes de que se conviertan en problemas mayores, en vez de reaccionar ante los acontecimientos cuando han ocurrido o descansar en los mecanismos de penalización del contrato, como si la buena gestión pudiese

reducirse a la detección sin fallas o sin descuidos de los incumplimientos para aplicar las penalizaciones. Esto último está asociado a una actitud o enfoque “fiscalizador”, que además de erosionar la relación y correr el riesgo de convertir la actividad de supervisión y monitorización para detectar incumplimientos en un fin en sí mismo, olvida que, en las APP, en esencia, *“los outputs o resultados son lo que importan, y no los medios (sin perjuicio de la necesidad de vigilar la dotación de medios y recursos según compromiso de contrato)”*.

La actitud colaborativa refleja y aprovecha de la mejor manera la necesaria convicción de que seguimos siendo responsables y hemos de rendir cuentas también nosotros, y se opone a una actitud adversaria. La entidad contratante deberá optar por la adopción de enfoque de “asociación” y no un enfoque de “adversarios” o “fiscalizador”, alejándose de la supervisión de contratos bajo formas tradicionales o convencionales (obra pública tradicional), pues entre otras cosas los problemas se acrecientan con una actitud adversaria.

Tanto la actitud proactiva como la actitud colaborativa (enfoque de “asociación”) requieren establecer una comunicación abierta y transparente, fomentar la confianza mutua y buscar soluciones conjuntas a los desafíos que puedan surgir durante la ejecución del contrato.

Para desarrollar una actitud colaborativa se requiere de transparencia y confianza, y la transparencia y confianza hacen necesario definir un foro de comunicación y seguimiento de la relación (comités de seguimiento). Se trata de la “gestión de la alianza” o de “gestionar la relación”. Es necesaria una actitud de apertura al diálogo, colaborativa y basada en la confianza: el socio privado debe advertir que la parte pública es una parte informada y vigilante pero también debe saber cuándo ser dialogante y proactiva (*En el **Área de gestión 1. Gestión de relaciones** se explica más sobre la Gestión de relación y sus aspectos clave*).

Hay que tener en cuenta que los problemas y amenazas a los que se enfrenta el socio privado pueden deberse a causas fuera del control del privado. Se le ha transferido una responsabilidad incluido la mayor parte de los riesgos y se espera de él que los gestione eficazmente. Pero no se debe olvidar que en esencia el dueño del proyecto sigue siendo el sector público personificado en la entidad contratante, y que aún en caso de situaciones de riesgo transferido no dejamos de ser responsables frente al contribuyente de los buenos resultados, por lo que se debe estar dispuesto a coadyuvar en la gestión de dichos eventos aun cuando el riesgo esté transferido. (Ver Área de Gestión 3 de la Sección B, en donde se desarrolla en mayor detalle la gestión de riesgos).

1. Desarrollo de la estrategia de gestión contractual

Parte A. Introducción y establecimiento de la función

Introducción a la gestión de contratos: aspectos generales

1. Desarrollo de la estrategia de gestión contractual

2. Configurando el equipo

3. Manual de gestión de contratos y otras herramientas de gestión

Objetivos

La entidad contratante debe desarrollar una estrategia para la gestión del contrato. Los objetivos del desarrollo de la estrategia de gestión de contratos son:

- Tener un plan claro que identifique las herramientas, los procesos y los recursos (incluido un equipo de gestión de contratos dedicado) necesarios para administrar el contrato.
- Identificar y asegurarse el presupuesto necesario.
- Identificar las limitaciones de tiempo dentro de las cuales esas herramientas, procesos y recursos deben estar disponibles.
- Identificar los acuerdos de gobernanza que se requerirán para la toma de decisiones y generación de información y reportes a lo largo de la vida del Contrato APP.

Subtemas o tareas a desarrollar

La Figura 2. Subtemas/tareas incluidas en el desarrollo de la estrategia de gestión contractual, proporciona un resumen de los subtemas o tareas incluidas en este apartado, las cuáles serán descritas en detalle a continuación:

Figura 2. Subtemas/tareas incluidas en el desarrollo de la estrategia de gestión contractual



1. Planificación de la Gestión del Contrato

La planificación de la gestión de un contrato tiene como objeto contar con una clara identificación de las herramientas, los procesos y los recursos necesarios para la gestión del contrato.

Idealmente, la entidad contratante debe planificar su estrategia de gestión de contratos durante la finalización de la fase estructuración del proceso de selección del proyecto, y a más tardar antes de la firma del contrato. En el Cuadro 4. Planificación de gestión de gestión de contratos se refieren buenas prácticas internacionales en planificación de gestión de contratos.

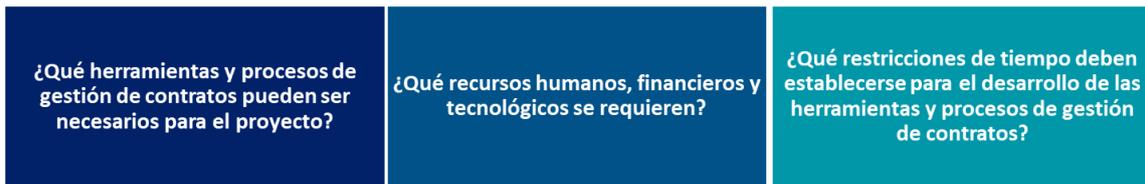
Cuadro 4. Planificación de gestión de gestión de contratos

La estrategia de gestión de contratos se debe desarrollar durante la fase de licitación del contrato en la cual indica incluir los requerimientos de experiencia y gestión para que una vez se logre el cierre comercial del proyecto ya se cuente con la aprobación de la estrategia de gestión e iniciar su implementación. Esto significa que se debe incluir en los presupuestos la asignación de recursos para asistencias técnicas, interventorías y otros apoyos necesarios para asegurar una gestión exitosa del contrato. Al anticipar estas necesidades desde el inicio, se pueden evitar complicaciones financieras y logísticas en el futuro, lo que facilitará una ejecución más fluida y eficiente del contrato (Partnership Victoria, 2018).

Para la Guía CP3P (Banco Mundial, 2016) se deben considerar las necesidades de recursos para la gestión del contrato desde el comienzo del proceso, en referencia a la fase de preparación, evaluación y estructuración del proyecto, con el fin de incluir las estimaciones de costos para la dotación de recursos metodológicos y sobre todo de equipo, en referencia a las contrataciones de apoyo experto externo a través de asistencias técnicas (o interventorías en el caso colombiano).

Para planificar y desarrollar la estrategia la entidad contratante debe considerar las siguientes cuestiones:

Figura 3. Preguntas para el Desarrollo de la estrategia de gestión



¿Qué herramientas y procesos de gestión de contratos pueden ser necesarios para el proyecto?

Las herramientas de gestión de contratos se describen en la sección 3 de esta Parte A **3. Manual de Gestión de Contratos y otras herramientas de gestión.** Los procesos de gestión de contratos se describen en las partes B y C.

¿Qué recursos humanos, financieros y tecnológicos se requieren?

Si la entidad contratante está desarrollando la estrategia para gestionar su primer Contrato APP, debe revisar cuidadosamente esta Guía para identificar los recursos humanos, financieros y de información y tecnología que necesitará. También debería en lo posible consultar con otras autoridades de contratación con más experiencia en la gestión de proyectos APP para obtener asesoramiento sobre los recursos necesarios. Si la entidad contratante ya está administrando proyectos de APP existentes, debe identificar las necesidades de recursos adicionales creadas por el nuevo proyecto.

Una vez identificados los recursos necesarios, la entidad contratante debe identificar cómo hará que esos recursos estén disponibles. Esto incluye identificar cómo:

- Nombrar el equipo de gestión de contratos

- Asegurar el presupuesto necesario⁶
- Adquirir la tecnología necesaria
- Contratar los apoyos externos (asistencias técnicas y/o interventorías). Ver el Cuadro 3 de la presente Guía para ahondar sobre las interventorías.

Esto implica la elaboración de planes detallados para reclutar, capacitar y asignar al equipo de gestión de contratos, así como la implementación de procedimientos claros para la adquisición y gestión de recursos externos, como asistencias técnicas e interventorías. Además, es necesario establecer mecanismos de seguimiento y evaluación de dichos recursos.

El siguiente punto de la presente sección “Configurando el equipo”, proporciona más información sobre las cuestiones a tener en cuenta a la hora de configurar y establecer el equipo de gestión de contratos.

¿Qué restricciones de tiempo deben establecerse para el desarrollo de las herramientas y procesos de gestión de contratos?

Las restricciones de tiempo deben coincidir con los recursos disponibles y las fechas e hitos de entrega esperados del proyecto. La estrategia también debe describir cómo se transferirá el conocimiento sobre el proyecto adquirido desde el equipo responsable de los procesos de pre-inversión (preparación, estructuración y licitación) al equipo de gestión del contrato.

Las herramientas y los procesos, los recursos y el tiempo requeridos diferirán de un proyecto a otro.

Es común en los proyectos APP que la mayoría del equipo de estructuración y de diseño de licitación deje el proyecto después de la adjudicación o el Cierre financiero. Por lo tanto, la entidad contratante debe planear poner en marcha su equipo de gestión de contratos antes de que finalice dicha fase para evitar o minimizar la pérdida de conocimiento sobre el proyecto. Es preferible que el jefe del equipo de gestión de contratos propuesto o un administrador de contratos experimentado de una APP existente en el mismo sector esté involucrado desde el principio en el desarrollo de la estrategia de gestión de contratos y en la redacción del contrato⁷.

2. Acuerdos de Gobernanza

La gobernanza se ocupa de los procesos para la toma de decisiones y el seguimiento y control de los proyectos. Define quién es responsable dentro de la entidad contratante de los procesos y resultados del proyecto.

Para garantizar la buena gobernanza del Contrato APP, la entidad contratante debe garantizar que el personal que participará en la gestión y supervisión del Contrato APP tenga:

- Roles y responsabilidades claramente definidos.

⁶ El aseguramiento del presupuesto para asistencias y/o interventorías puede realizarse transfiriendo al partícipe privado la obligación de dotar los recursos necesarios de manera que la entidad contratante disponga de ellos para el efectivo pago de tales asistencias. Esa es la forma en la que se ha venido operando en los proyectos de carreteras de 4G y 5G. no obstante nada impide que tales asistencias y/o interventorías vengán directamente financiadas desde el presupuesto público, para lo cual se deberá gestionar con la debida anticipación la disponibilidad de tales recursos.

⁷ Una segunda alternativa es que una persona con rol relevante durante los procesos de estructuración y licitación, y con dotes suficientes en relación con el rol de gestor de contratos según se describe en esta guía, lidere inicialmente o acompañe las fases iniciales de la gestión del contrato para garantizar la transferencia de conocimiento sobre el proyecto.

- Una combinación adecuada de habilidades, experiencia y preparación.
- Suficiente tiempo, recursos y apoyo de la entidad contratante para cumplir con sus responsabilidades.

La entidad contratante debe identificar las funciones y responsabilidades de ese personal en el Manual de Gestión del Contrato (lo que se analiza en la siguiente sección de Manual de Gestión de Contratos y otras herramientas de gestión).

Las funciones y responsabilidades definidas en los acuerdos de gobernanza deben especificar claramente quién tiene la capacidad legal para actuar en nombre de la entidad contratante para ejercer sus derechos y cumplir con sus obligaciones en virtud del Contrato APP.

Puede haber cláusulas en el Contrato APP que especifiquen que la persona con un título o una posición particular en la entidad contratante puede actuar en su nombre, o el contrato puede guardar silencio sobre el asunto. En cualquier caso, la entidad contratante debe garantizar que los acuerdos de gobernanza otorgan la autoridad a los representantes apropiados de la entidad contratante para actuar en su nombre en todas las circunstancias contractuales relevantes. Por ejemplo, en un proyecto APP que requiere el desembolso recurrente de recursos públicos para su ejecución (usualmente considerados APP de pagos por gobierno en las guías globales)⁸, las personas designadas dentro de la entidad contratante deben estar autorizadas para aprobar o rechazar las facturas de la parte privada de acuerdo con el contrato, dar órdenes de desembolso o transferencia al patrimonio autónomo y para aprobar los pagos necesarios.

Los acuerdos de gobernanza también deben identificar cuándo se requiere una aprobación o consentimiento de otro departamento dentro de la entidad contratante o de otra agencia gubernamental antes de que la entidad contratante pueda actuar.

Por ejemplo, si un Contrato APP de carretera con peaje permite que la parte privada cierre temporalmente la carretera para realizar actividades de mantenimiento importantes, siempre que la parte privada cuente con el consentimiento previo de la entidad contratante, antes de dar ese consentimiento, el administrador del contrato debe consultar con el departamento responsable de la entidad contratante para la gestión operativa general de la red de carreteras para garantizar que el momento del cierre no genera consecuencias inaceptables para el resto de la red.

Un Contrato APP normalmente contiene (o debería contener) límites de plazos dentro de los cuales la entidad contratante debe realizar las tareas de las que es responsable. Por ejemplo, puede haber plazos para validar los documentos presentados por el socio privado (como informes periódicos o facturas) o para proporcionar comentarios sobre sus propuestas (como un cambio en las especificaciones de un servicio que se proporcionará). Los acuerdos de gobernanza deben permitir que la entidad contratante tome las decisiones necesarias rápidamente. Para hacerlo, los responsables de la toma de decisiones deben ser debidamente informados periódicamente. *Consulte el Cuadro 5 correspondiente a la Estructura de gobernanza según la Guía CP3P más adelante en esta sección, a manera de ejemplo de la estructura de gobernanza propuesta por la Guía CP3P del Banco Mundial.*

Si el contrato no especifica el plazo dentro del cual la entidad contratante debe realizar una tarea, la entidad contratante debe considerar establecer su propio plazo y documentarlo en el manual de gestión del contrato. Esto asegurará que las tareas no se pasen por alto o se dejen hasta que sea demasiado tarde. *Consulte la sección 3 del Manual de Gestión de Contratos y otras herramientas de gestión para obtener más información sobre el Manual de Gestión del Contrato.*

⁸ Las APPs de pagos por gobierno son las APP que se basan total o mayoritariamente en aportes públicos (por ejemplo, pagos por disponibilidad). Se contraponen a las APP de pagos por usuario (Guía CP3P).

Adicionalmente, para garantizar que todos los decisores clave, grupos de interés internos y otras agencias gubernamentales estén debidamente informados y puedan aportar información para la toma de decisiones, la entidad contratante debe considerar adoptar un enfoque de comités⁹ que incluya¹⁰:

Idealmente, un “**Comité estratégico**”, que es el foro donde se informa sobre la marcha del proyecto a los grupos de interés internos (MHCP, o la entidad al cargo de las finanzas públicas en proyectos de nivel territorial, así como otros posibles departamentos del gobierno respectivo potencialmente afectados, interesados o con responsabilidad en el proyecto¹¹) y se discuten ciertas decisiones estratégicas que afectan a todo el gobierno. En él estará en todo caso representado el máximo responsable del contrato, así como el jefe del equipo de gestión del contrato.

Con relación a los grupos de interés internos, en el caso de proyectos de nivel subnacional, si el proyecto implica recursos de la nación, Ministerio de Hacienda y Crédito Público deberá tomar parte del comité.

Adicionalmente (o en todo caso):

- Un “**Comité de gestión**”, con participación – al menos- del máximo responsable del contrato (delegado representante de la entidad contratante), el gerente del contrato o jefe de equipo del contrato, el máximo responsable de la interventoría en sus aspectos de seguimiento de las obligaciones y desempeño, y los expertos encargados de los aspectos financieros y legales del proyecto/contrato a nivel interno (en su caso) o externo (responsables de esas facetas en las interventorías o en su caso en las asistencias técnicas).
- Un “**Comité operativo**”, encargado del seguimiento del contrato en todas sus facetas y su administración en el día a día, que incluirá a todos los miembros del equipo de gestión del contrato a nivel interno y personal relevante de las interventorías (y en su caso de otras asistencias técnicas).

Cuadro 5. Estructura de gobernanza según la Guía CP3P

La estructura de gobernanza de los contratos APP requiere varios niveles de interacción entre las dos partes. Un ejemplo mencionado en la guía CP3P (APMG, 2016), es establecer: Una **junta de asociación (Partnership board)** confirmada por el Director/Jefe de la entidad contratante, el Gerente del contrato, representante de sector público del privado y representante del proyecto del privado; una **junta de gestión del contrato** conformada por el Gerente del contrato, director de finanzas del sector público y el representan del proyecto del privado; y una **junta de gestión operativa** que permita diferenciar la gestión en cada uno de estos niveles y ser más eficientes en la resolución de problemas y gestión diaria del proyecto, conformada por el Jefe de desempeño de servicios, gerentes de desempeño del servicio, asistente de administración.

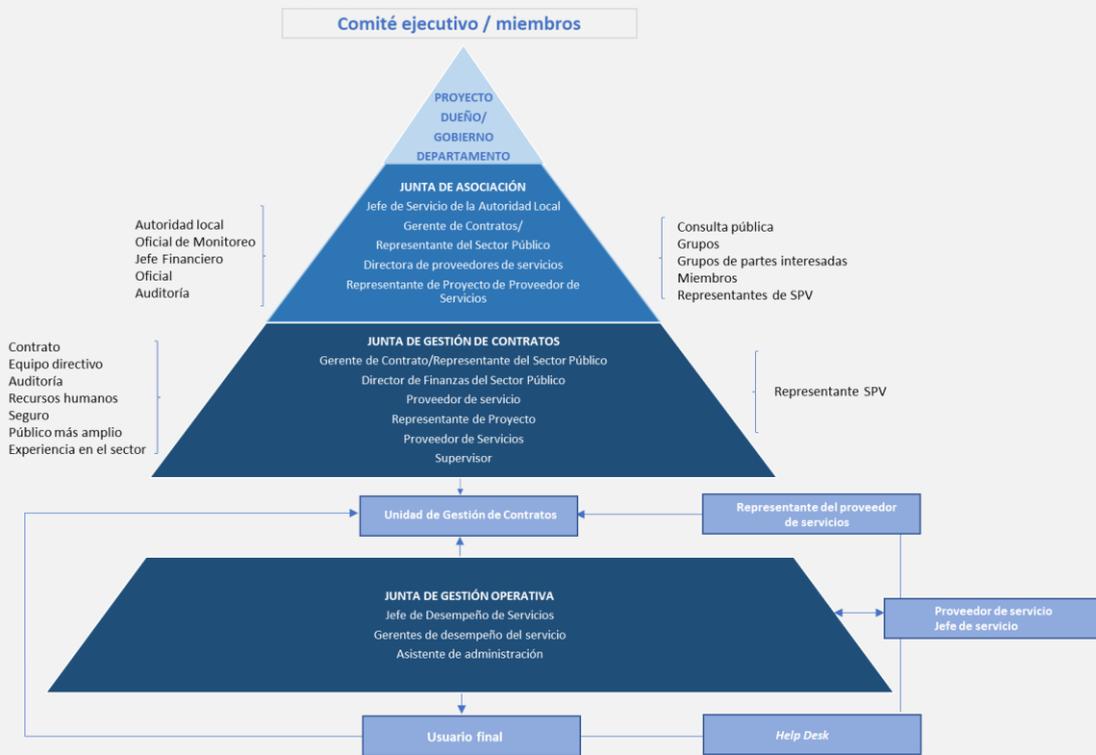
Debe tenerse en cuenta que estas estructuras y los requisitos de buenas prácticas para relaciones colaborativas entre las partes no restan importancia a las obligaciones contractuales de ambas partes. Además, la entidad contratante debe adoptar la estructura que mejor se adapte a las estructuras internas existentes y a los arreglos de gobernanza. También debe adaptarse a la

⁹ Es importante que la toma de decisiones sea un aspecto de carácter institucional basado en el marco legal aplicable pero sobre todo en el involucramiento oportuno de todos los interesados para garantizar la eficiencia en los tiempos y en los resultados.

¹⁰ Estas directrices están basadas en las recomendaciones descritas al efecto en el Capítulo 7 de la Guía CP3P.

¹¹ Incluyendo, pero sin limitarse por ejemplo a agencias financieras que puedan ser aportantes de garantías o financiación (por ejemplo, Financiera Nacional de Desarrollo), organismos reguladores y autoridades competentes por sector, Departamento Nacional de Planeación en su rol de responsabilidad en la gobernanza general de la estrategia APP.

complejidad del proyecto para que los recursos y estructuras utilizados sean apropiados dada la magnitud y complejidad del proyecto.



Fuente. Adaptado de The APMG Public-Private Partnership (PPP) Certification Guide (World Bank , 2016)

2. Configurando el equipo

Parte A. Introducción y establecimiento de la función

Introducción a la gestión de contratos: aspectos generales

1. Desarrollo de la estrategia de gestión contractual

2. Configurando el equipo

3. Manual de gestión de contratos y otras herramientas de gestión

Una vez firmado el Contrato APP, la responsabilidad de la gestión del contrato se transfiere a un equipo de gestión de contratos establecido por la entidad contratante.

Objetivos

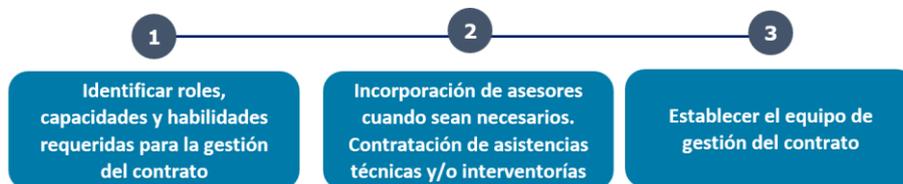
Los objetivos de conformar el equipo de gestión de contratos son:

- Establecer un equipo con las habilidades y capacidades adecuadas para gestionar la carga de trabajo regular de la gestión de contratos.
- Tener flexibilidad para complementar los recursos del equipo de gestión de contratos cuando sea necesario, incluso mediante la contratación de asesores externos.

Subtemas o tareas a desarrollar

La Figura 4. Subtemas/tareas incluidas en la configuración del equipo, proporciona un resumen de los subtemas o tareas incluidas en este apartado, las cuáles serán descritas en detalle a continuación:

Figura 4. Subtemas/tareas incluidas en la configuración del equipo



1. Identificar los roles, las capacidades y las habilidades requeridas para la gestión del contrato

Introducción

Se deben identificar las habilidades técnicas, experiencia y competencias necesarias para manejar el contrato de manera efectiva en todas sus etapas, desde la etapa preoperativa (incluyendo la fase previa y fase de construcción), la etapa de operación y mantenimiento y, hasta la finalización de este.

Los recursos destinados a la gestión de un Contrato APP se verán afectados por el tamaño general, la complejidad administrativa del proyecto y la extensión del riesgo retenido por el sector público en términos del Contrato APP.

En algunos casos, para proyectos más pequeños y menos complejos, puede ser suficiente que la función de gestión del contrato de APP sea llevada a cabo por un único profesional designado por la entidad

contratante, el cual deberá reunir un amplio conjunto de habilidades, incluyendo: capacidad de gestión de proyectos, habilidades de gestión de riesgos, habilidades de negociación y otras capacidades relevantes para el proyecto, así como cierto nivel de experiencia y conocimiento en materia de APP.

Sin embargo, es más habitual que el responsable del proyecto cuente con el apoyo de un equipo de gestión del Contrato APP, formado por diversos especialistas e incluyendo asesores externos cuando resulte necesario, con distintos niveles de participación, particularmente cuando el proyecto es muy grande, complejo o único. En general, se deberá contar con combinación adecuada de conocimientos y habilidades para tratar los diferentes aspectos del contrato, como los legales, técnicos, financieros y administrativos. Ver la Figura 5 a continuación.

Cuando sea necesario, el equipo de gestión de contratos también debe recurrir al apoyo de otros departamentos que brindan servicios internos dentro de la entidad contratante, como el departamento de TI y el departamento de recursos humanos.

Los equipos de gestión suelen contar, como ya se ha indicado en la Parte 1 de esta guía, con apoyos externos en forma de interventorías y en su caso otras asistencias técnicas (ver siguiente apartado 2), si bien se puede considerar la posibilidad de obtener apoyo especializado de una unidad o agencia central APP. Ver

Cuadro 6. Unidades centrales especializadas en apoyo de la gestión de contratos según prácticas internacionales.

Figura 5. Conocimiento y experiencia necesarias en un equipo de gestión de contratos APP



Estructura de un equipo de gestión de un contrato APP

En general es responsabilidad del responsable del proyecto decidir la estructura del equipo, su establecimiento o designación, y definir si es necesario recurrir a expertos externos adicionales (dentro del presupuesto asignado).

La composición del equipo interno dependerá de las necesidades del proyecto. El equipo a menudo incluirá:

- Un **gerente de contratos** como jefe del equipo, que actúa como representante de la entidad contratante en las relaciones con el socio privado. Ver **Cuadro 7. El Gestor de Contratos según 4Ps (UK) como referencia de referencia internacional sobre las habilidades y capacidades del gestor de contratos;**

- **Uno o más miembros del equipo con antecedentes técnicos** (por ejemplo, un ingeniero civil en el caso de una APP de carreteras, un profesional de servicios de salud en el caso de una APP hospitalaria), cuya función será supervisar la provisión y la calidad de los servicios prestados en el día a día; y
- **Uno o más miembros del equipo con antecedentes comerciales, financieros y/o legales**, que se ocuparán de la gestión de los aspectos legales y financieros del contrato.

En el caso particular de entidades contratantes que cuenten con un portafolio de proyectos APP altamente significativo (o cuando una entidad contratante alcance a tenerlo), adquiere sentido constituir unidades especializadas de gestión de contratos APP. Básicamente, estas unidades pueden contar con responsables o expertos de máximo nivel encargados de definir y controlar aspectos concretos de la gestión (p.ej. gestión de riesgos, aspectos legales, monitoreo/seguimiento, etc.) para el total de la cartera del proyecto, disponiendo de equipos de especialistas en el área respectiva que serán asignados a los proyectos concretos. Pero este enfoque debe ser solo considerado cuando el volumen de trabajo y responsabilidad en la gestión de contratos (es decir, el tamaño de una cartera de proyectos) lo justifique. En el siguiente correo podrán verlo a manera de referencia, algunos ejemplos a nivel internacional:

Cuadro 6. Unidades centrales especializadas en apoyo de la gestión de contratos según prácticas internacionales

En algunos países, ante la falta de capacidades y recursos especializados, se asigna a una Unidad APP central que realiza la labor de apoyar y/o asesorar a las entidades contratantes en las labores de gestión de contratos.

La Guía “*Managing PPP Contract After Financial Close*” incluye algunos ejemplos de la configuración de las unidades especializadas centrales o dedicadas a la gestión de contratos o al apoyo a la gestión de contratos en algunos países de la siguiente forma:

- *En Filipinas, el Centro de APP proporciona experiencia legal, técnica y financiera a la Autoridad de Contratación. El Centro APP también ayuda a la Autoridad de Contratación en el establecimiento e implementación de su régimen de monitoreo. Esto evita que la Autoridad de Contratación tenga que contratar las habilidades adicionales necesarias para establecer y gestionar contratos de APP. El equipo de la Autoridad de Contratación sigue siendo principalmente técnico.*
- *En Escocia, el Scottish Futures Trust, una empresa pública, proporciona experiencia legal y financiera para establecer un proyecto. Permanece involucrado a un nivel más alto durante las fases de construcción y operaciones para proporcionar asistencia cuando sea necesario. El equipo de la Autoridad de Contratación es principalmente técnico, con el monitoreo de la fase de operaciones realizado a nivel regional en lugar de tener un equipo dedicado a cada proyecto”.*

Fuente: *Managing PPP Contract After Financial Close* (Global Infraestructura Hub, 2018)

Cuadro 7. El Gestor de Contratos según 4Ps (UK)

Habilidades, actitud y experiencia

- Fuertes habilidades de liderazgo.
- Buenas habilidades interpersonales (interpersonales y de gestión).

- Espíritu de asociación en el que todos ganan para la gestión de relaciones.
- Perspectiva y actitud positivas y es proactivo.
- Demuestra habilidades de negociación efectivas.
- Es capaz de gestionar relaciones con éxito y resolver conflictos.
- Es capaz de gestionar los usuarios y sus demandas.
- Es capaz de trabajar eficazmente en equipo.
- Es capaz de planificar eficazmente las necesidades de recursos.
- Ejerce buen juicio, basado en la experiencia y el análisis sólido.
- Tiene experiencia en la gestión de servicios complejos.
- Tiene experiencia en la realización de seguimiento de contratos.
- Puede establecer procesos para monitorear el desempeño.
- Tiene la capacidad de anticipar y responder a las necesidades futuras del negocio.
- Posee habilidades analíticas bien desarrolladas.
- Tiene buenas habilidades organizativas y de control de calidad.
- Tiene un enfoque realista y práctico ante el cambio y la innovación.
- Es capaz de desarrollar estrategias para satisfacer las necesidades contractuales cambiantes.
- Es capaz de aplicar procedimientos de gestión de contratos.
- Es capaz de evaluar y controlar el gasto.

Conocimiento

- Gestión de relaciones
- Trabajo en asociación
- Gestionar y desarrollar un equipo
- Procesos de seguimiento del servicio y datos necesarios para ello.
- Especificaciones de salida y sistemas de medición del rendimiento.
- Requisitos del usuario final (por ejemplo, los requisitos de las escuelas)
- Procesos de adquisiciones
- Principios de contabilidad gubernamental
- Evaluación comparativa/pruebas de mercado del sector privado y sus impulsores comerciales.

Necesidad de flexibilidad y adaptación de los recursos

La carga de trabajo involucrada en la gestión de un Contrato APP variará significativamente a lo largo del ciclo de vida del proyecto. El equipo permanente de gestión del contrato designado por la entidad contratante debe tener el tamaño suficiente para administrar cómodamente la carga de trabajo regular de la gestión del contrato. La entidad contratante también debe estar preparada para ampliar el equipo cuando se requieren mayores recursos temporalmente. Por ejemplo, es probable que haya una necesidad de mayores recursos durante eventos de cambio contractual (Ver el Área de gestión 2 – Gestión del Cambio) y conforme se acerque la reversión (ver Área 3. Etapa de Reversión).

Durante dichos eventos, la entidad contratante debe aumentar el tamaño del equipo de gestión de contratos del proyecto a través de una o más de las siguientes estrategias:

- Si la entidad contratante gestiona más de un Contrato APP, puede compartir los miembros de los equipos en esos contratos.
- La entidad contratante puede tener personal con habilidades relevantes en otros departamentos y puede reasignar temporalmente ese personal al equipo de gestión de contratos.

- Si la entidad contratante no puede proporcionar suficientes recursos de gestión de contratos con las habilidades necesarias utilizando las opciones anteriores, deberá contratar asesores externos adicionales para que lo ayuden a gestionar el aumento temporal de la carga de trabajo de la gestión de contratos.
- La entidad contratante también debe establecer un plan de sucesión para el equipo de gestión de contratos. *Consulte el apartado de **Planeación de sucesión** de esta Guía para obtener más información sobre la “planificación de sucesión”.*

2. *Incorporar asesores cuando sean necesarios. Contratación de asistencias técnicas y/o interventorías.*

Para determinados proyectos, cuando así lo requiera la complejidad de estos, la entidad contratante tendrá que utilizar recursos externos expertos para complementar los recursos del equipo de gestión de contratos y proporcionar asesoramiento especializado sobre determinadas cuestiones. Ello siempre de manera adicional al apoyo técnico mínimo a contratar mediante interventorías tal y como exige la Ley.

Los recursos externos, más allá de los recursos de interventorías técnicas para apoyo de las labores de seguimiento, pueden incluir asesores legales, asesores financieros, asesores de seguros y una gama de posibles asesores operativos y técnicos adicionales especializados¹².

La entidad contratante debe asegurarse de tener un presupuesto suficiente disponible para que el equipo de gestión de contratos pueda contratar asesores cuando sea necesario.

En la configuración del equipo para la gestión contractual, es fundamental saber cuándo y cómo incluir asesores o apoyos de asistencia técnica para garantizar el éxito del contrato. El primer paso para incorporar asesores o apoyos de asistencia técnica es identificar las áreas específicas que requieren experiencia adicional, como aspectos legales, técnicos, financieros o administrativos que el equipo interno no puede cubrir. Una vez identificadas estas áreas, se puede determinar si se necesita contratar interventores o asesores externos para brindar el apoyo necesario. El Cuadro 8 El papel de las asistencias de las asistencias técnicas y las interventorías más adelante describe el posible alcance o áreas usuales de apoyo externo que se pueden considerar.

Al incorporar asesores u otros apoyos de asistencia técnica o de interventorías, es importante garantizar una selección adecuada y una colaboración efectiva. Esto incluye definir claramente las funciones y responsabilidades de los asesores externos, establecer criterios claros de selección y evaluación y definir con precisión los términos y condiciones contractuales. Adicionalmente, es fundamental determinar cuándo y cómo se licitarán y contratarán los servicios de asesoría o interventoría, así como establecer los mecanismos de pago correspondientes. Esto, de manera acorde con las especificaciones de contratación pública, definiendo términos y condiciones de contratación que permitan depurar asesores e interventores con la formación, experiencia e idoneidad para realizar los procesos de asesoría.

Es conveniente, con relación a los costos/remuneración de estas asistencias y/o interventorías, desarrollar sondeos de mercado que permitan evaluar, en especial para los casos de personas jurídicas, las condiciones de mercado para la remuneración. Dichas contrataciones, (incluyendo los contratos con

¹² Por ejemplo, cuando se trate de gestionar un evento controvertido en cuanto a la determinación del acaecimiento de un riesgo y/o el valor de su impacto y posible compensación, sobre un aspecto altamente especializado y no cubierto por la interventoría inicial, o para apoyo o refuerzo experto en un proceso de negociación o disputa.

personas naturales), deberán estar alineados con las reglas aplicables a los procesos de selección de contratistas y al manual de contratación de las entidades correspondientes.

En relación específicamente con las interventorías y su contratación refiérase al Cuadro 8. El papel de las asistencias técnicas y las interventorías.

Cuadro 8. El papel de las asistencias técnicas y las interventorías

A nivel global es usual contar con apoyos externos para complementar las capacidades del personal interno de la entidad contratante en relación con las actividades de gestión de contrato, lo cual incluye casi siempre un equipo externo encargado de la supervisión o seguimiento de las obras hasta su terminación y el seguimiento o monitoreo del desempeño durante la etapa de operación y mantenimiento (supervisión del cumplimiento de los niveles de servicio, o requerimientos de operación y mantenimiento, en especial en relación a los indicadores de servicio¹³, así como supervisión del debido cumplimiento de las condiciones de reversión).

Adicionalmente a este apoyo en el ámbito de las capacidades técnicas, estas asistencias o apoyos pueden incluir apoyo o asistencia en materia de asesoramiento legal, financiero o administrativo, muchas de las cuales pueden ser contratadas bajo un mismo contrato o por procesos de contratación separados.

La asistencia de carácter administrativo puede incluir gestión de comunicaciones y reuniones, gestión y administración de documentación e información, procesos de facturación, etc., y suelen tener un carácter continuado.

Algunas de las actividades de apoyo legal o financiero pueden tener un carácter más o menos continuo o de cierta frecuencia (procesos de imposición de multas en el caso de los primeros, actualización anual del valor de los pasivos contingentes o revisión de los estados financieros del socio privado entre otros en el caso de los segundos). Sin embargo, la necesidad de apoyo externo de índole jurídica o financiera se concentra por lo general en episodios concretos (reclamaciones por un evento de riesgo retenido, situaciones de disputas, negociación e implementación de un cambio de contrato, situación de intervención/posesión del contrato, eventos de incumplimiento grave y posible terminación anticipada, etc.). Esta naturaleza esporádica de tales posibles asistencias o trabajos de apoyo requiere idealmente de contar con un contrato o acuerdo marco que establezca el compromiso de disponibilidad y movilización pronta de los medios comprometidos, con un esquema de retribución predefinido.

Estos apoyos en Colombia (tanto para contratos de tipo APP como para contratos de concesión regidos por la Ley 80 de 1993) se vienen contratando históricamente bajo la figura de las interventorías, que vienen reguladas por la Ley 1474 de 2011 y la Ley 1508 de 2012, especialmente en lo que respecta al seguimiento del buen cumplimiento de las obligaciones del partícipe privado, como se ha explicado más arriba.

Si bien nada impide que los trabajos de tipo apoyo asesor en las múltiples problemáticas que puede suscitar el contrato y en la buena administración del mismo, sean contratadas mediante la propia figura de las interventorías, la entidad contratante deberá considerar si para ciertas actividades pueda

¹³ En relación con esto último, cabe destacar que la práctica usual en los países con más madurez en términos de contratos APP es la de ejercer el control o supervisión mediante la revisión de la información que suministra el agente privado, que es quien realiza en primera instancia las inspecciones de calidad según estas han sido establecidas en el contrato, incluyendo “chequeos spot” o doble chequeo esporádico y aleatorio. Para más información sobre este enfoque véase (Banco Mundial, 2016).

resultar más oportuno la contratación de asistencias técnicas o consultoría convencional, quedando el régimen de responsabilidades del consultor más acotado al ámbito de la responsabilidad profesional, exento de la influencia de los niveles de responsabilidad civil, fiscal, penal y disciplinaria que se adquieren bajo la Ley 1508 de 2012. Lo anterior, especialmente en el caso de que los trabajos de apoyo o asistencia requeridos no se refieran a la identificación de incumplimientos sino al apoyo en la resolución de otros eventos de potencial disputa (como puedan ser especialmente reclamaciones por riesgos).

3. Establecer el equipo de gestión del contrato

Una vez estén claramente definidas las necesidades y configurado el equipo con la debida identificación de los roles y perfiles requeridos, y la debida asignación de tareas y responsabilidades, incluyendo la definición del alcance de trabajo de las posibles interventorías, se procederá a reclutar, capacitar, nominar y contratar al equipo de gestión de contratos, incluyendo la implementación de procesos para la contratación y gestión de recursos externos, como asistencias técnicas e interventorías.

3. Manual de Gestión de Contratos y otras herramientas de gestión.

Parte A. Introducción y establecimiento de la función

Introducción a la gestión de contratos: aspectos generales

1. Desarrollo de la estrategia de gestión contractual
2. Configurando el equipo

3. Manual de gestión de contratos y otras herramientas de gestión

Objetivos

El equipo de gestión de contratos de la entidad contratante requerirá una gama de herramientas como ayuda para la gestión del Contrato APP. Los objetivos de implementar y utilizar herramientas de gestión de contratos son:

- Asegurar que las tareas de gestión de contratos complejas y repetitivas se realicen de manera eficiente y consistente con el contrato.
- Asegurarse que la entidad contratante cuente con mecanismos para la institucionalización de procesos de gestión contractual que permita que el cambio en los equipos sea lo menos disruptivo posible.
- Asegurarse de que la entidad contratante comprende y ejerce adecuadamente sus derechos en virtud del Contrato APP y cumple con sus obligaciones en virtud del contrato.
- Asistir a la entidad contratante en la gestión del riesgo durante la vida del Contrato APP.
- Asegurarse de que el equipo de gestión de contratos retenga y pueda acceder fácilmente a todos los documentos e información necesarios durante la vigencia del Contrato APP.
- Permitir que se produzcan cambios en la composición del equipo de gestión de contratos sin que se pierda el conocimiento del proyecto.

Subtemas o tareas a desarrollar

La Figura 6. Objetivos de la implementación y uso de herramientas de gestión de contratos, proporciona un resumen de los subtemas o tareas incluidas en este apartado, las cuáles serán descritas en detalle a continuación:

Figura 6. Objetivos de la implementación y uso de herramientas de gestión de contratos



1. Desarrollo de un Manual de Gestión de Contratos

El Contrato APP establece los derechos y obligaciones de la entidad contratante y los riesgos asignados a la entidad contratante. Sin embargo, el contrato generalmente no explica los procesos internos que son

necesarios dentro de la entidad contratante para ejercer esos derechos, cumplir con esas obligaciones y administrar o responder a esos riesgos. Por ejemplo, en una APP con aporte de recursos públicos, el contrato puede establecer que la parte privada debe emitir una factura por el pago de disponibilidad a la entidad contratante en una fecha particular cada trimestre, y la entidad contratante debe pagar la cantidad facturada o impugnar la factura (si es incorrecta) dentro de un cierto número de días. El Contrato APP no establecerá los procesos internos que debe seguir la entidad contratante para aprobar y realizar el pago, o para verificar si la factura es correcta o debe ser disputada.

La entidad contratante debe:

- Identificar los derechos y obligaciones clave de la entidad contratante en virtud del Contrato APP.
- Identificar los riesgos clave asignados a la entidad contratante bajo el Contrato APP.
- Identificar los procesos que seguirá y las herramientas que utilizará para ejercer esos derechos, cumplir con sus obligaciones y administrar esos riesgos.

Esta información debe ser recopilada en un Manual de Administración o de Gestión de Contratos.

Algunos de los procesos requeridos en el Manual de Gestión de Contratos se desarrollarán específicamente para el proyecto concreto de APP. Estos procesos deben ser:

- Desarrollados por el equipo de gestión de contratos.
- Aprobados por un decisor apropiado dentro de la estructura de gobernanza.
- Incluidos en el Manual de Gestión de Contratos.
- Revisados regularmente y actualizados, si es necesario.

Es posible que ya existan otros procesos para gestionar contratos dentro de la entidad contratante, que apliquen a todo tipo de contratos, en vez de aplicarse específicamente a la gestión de contratos, o que existan procesos relevantes para el equipo de gestión de contratos que figuren en documentos que aplican a toda la entidad. Donde existan tales procesos, el equipo de gestión de contratos de la entidad contratante debe:

- Incluir en el Manual de gestión del contrato una referencia cruzada al proceso existente y una explicación de cómo ese proceso se aplica al APP.
- Asegurarse de estar al corriente sobre cualquier cambio en los procesos existentes, en cuyo caso el equipo debería considerar implicación para el proyecto de APP y actualizar el Manual de Gestión del contrato en consecuencia.

El Manual de Gestión del Contrato también debe contener información de antecedentes sobre el proyecto para que pueda servir como un documento de referencia durante la vigencia del contrato y ayudar a los nuevos miembros del equipo de gestión del contrato a comprender el proyecto. Ver [Cuadro 9. Ejemplo de contenidos del Manual de Gestión del Contrato](#) que presenta un ejemplo de contenidos del Manual de Gestión del Contrato.

El Manual de Gestión del Contrato no sustituye los términos del contrato, pero presenta una oportunidad para clarificar más lo previsto en este y complementarlo desde el punto de vista operativo, a fin de ser la

base para las actividades de gestión del proyecto. El Manual desarrollará a mayor detalle, cuando se requiera, los procesos previstos en el contrato, pero, además, cuando el Contrato guarde silencio sobre determinados procesos a seguir, la elaboración del Manual es una ocasión perfecta para resolver este vacío.

Cuadro 9. Ejemplo de contenidos del Manual de Gestión del Contrato

El marco operacional		
Introducción	Periodo de construcción	Periodo de operación del servicio
<ul style="list-style-type: none"> Sentido y objetivos Alcance y limitaciones del documento Historia del proyecto-contrato 	<ul style="list-style-type: none"> Reuniones con privado (tipo propósito, frecuencia, asistentes, Resultados) Obligaciones clave y monitoreo por ámbito material [incluye gestión de calendario] 	<ul style="list-style-type: none"> Reuniones con privado (tipo propósito, frecuencia, asistentes, resultados)
<p>Funcionamiento de la gobernanza</p> <ul style="list-style-type: none"> Responsables de la autoridad, comisiones y comités (incluye reuniones internas) Proceso de comunicación e información. Sistema de información y comunicaciones. Proceso de toma de decisiones Gestión de grupos de interés 	<ul style="list-style-type: none"> Autorizaciones y aprobaciones (<i>feedback</i> de AC) Obligaciones de informes Gestión de datos e información (recogida, validación, registro y <i>feedback</i>) Pagos durante construcción Gestión de riesgos y reclamaciones Aprobaciones finales / conformidad para entrada en servicio Gestión de cambios contractuales Gestión de disputas 	<ul style="list-style-type: none"> Obligaciones clave y monitoreo / requerimientos de desempeño Obligaciones de informe Gestión de datos e información (recogida, validación, registro y <i>feedback</i>) Administración del mecanismo de pago, proceso de validación y pago Gestión de riesgos y reclamaciones Gestión de cambios contractuales Gestión de disputas
<p>Equipo de la Autoridad Contratante</p> <ul style="list-style-type: none"> Esquema organizativo Roles y responsabilidades Contactos clave 		<p>Apéndices</p> <ul style="list-style-type: none"> Mapa de obligaciones Matriz de asignación riesgos Registro de riesgos [otros] ...
<p>Equipo del socio privado</p> <ul style="list-style-type: none"> Esquema organizativo 		

- Roles y responsabilidades
- Contactos clave

Apéndices: listado de procedimientos y formularios o “templates”

Procedimientos y protocolos	Periodo de construcción
<ul style="list-style-type: none"> • Procedimiento de Facturación y pago • Procedimiento Reequilibrios y reclamaciones - solicitud • Procedimiento de Reequilibrios - implantación • Procedimientos Resolución Disputas • Protocolo de actualización de precios IPC • [Procedimiento de cálculo de reparto de ganancias de publicidad] • (...) <p><i>Algunos de estos procedimientos pueden ser simplemente regulados en el cuerpo del manual si bien otros pueden convenir más desarrollarlos / recogerlos en un apéndice</i></p>	<ul style="list-style-type: none"> • Reuniones con privado (tipo propósito, frecuencia, asistentes, resultados) • Obligaciones clave y monitoreo por ámbito material [incluye gestión de calendario] • Autorizaciones y aprobaciones (<i>feedback</i> de AC) • Obligaciones de informes • Gestión de datos e información (recogida, validación, registro y <i>feedback</i>) • Pagos durante construcción • Gestión de riesgos y reclamaciones • Aprobaciones finales / conformidad para entrada en servicio • Gestión de cambios contractuales • Gestión de disputas

Fuente: Gestión de contratos PPP. Knowledge infrastructure 2022

El Manual de Gestión de Contratos debe ser:

- Escrito en un estilo fácil de leer, sin jerga legal
- Conciso, usando diagramas de flujo, cuadros, listas, tablas y enumeraciones que ayuden a la comprensión, en lugar de secciones extensas de texto
- Por módulos, para permitir al equipo de administración de contratos acceder fácilmente a la información cuando sea necesario y para facilitar la actualización periódica del manual
- Actualizado periódicamente, para garantizar que contiene información actual sobre el proyecto y refleja los procesos actuales.

Se recomienda que el equipo de gestión del contrato prepare la versión inicial del manual durante (o poco después) de la finalización de la Fase de Estructuración y Diseño de la Licitación del proyecto, en colaboración con el equipo del proyecto que ha gestionado la estructuración y licitación del proyecto. Este enfoque tiene tres ventajas:

- Asegura que el manual se escribirá en un estilo que sea más útil para el equipo de gestión de contratos.
- Permite al equipo de gestión de contratos captar el conocimiento del equipo del proyecto que ha gestionado la estructuración y licitación del proyecto.
- Ayuda al equipo de gestión de contratos a familiarizarse con el Contrato APP.

Si una entidad contratante tiene varios contratos APP de un tipo similar, es beneficioso que los manuales de gestión de contratos para cada proyecto tengan un formato y una estructura similar, además de que una buena parte de sus contenidos, en relación con procesos y procedimientos, puedan ser comunes (pero siempre controlando que no quede fuera ningún matiz de relevancia en relación con características exclusivas del proyecto y contrato en cuestión). Esto permite que los miembros del equipo de gestión de contratos trabajen más fácilmente en múltiples proyectos y facilita el intercambio de lecciones de buenas prácticas entre proyectos.

El Manual de Gestión de Contrato es una herramienta sumamente valiosa para el equipo de gestión de contratos. Sin embargo, el equipo siempre debe recordar que el manual no es un sustituto del contrato, que seguirá siendo la fuente de los derechos y obligaciones legales de las partes.

2. Otras herramientas clave para la gestión de contratos

El equipo de gestión de contratos necesitará una variedad de herramientas además del manual de gestión de contratos. Las herramientas particulares requeridas variarán de un proyecto a otro. La entidad contratante debe identificar las herramientas necesarias cuando esté desarrollando su estrategia de gestión de contratos (*consulte el apartado **1. Desarrollo de la estrategia de gestión contractual** de esta Parte de la Guía*). Las herramientas requeridas probablemente incluyen:

- a) Un sistema de gestión de documentación electrónica para almacenar la documentación electrónica relacionada con el proyecto, que garantice el acceso a la información de forma rápida y efectiva. Esto debe incluir copias del contrato para fines de referencia, el Manual de Gestión del contrato en formato electrónico, copias de toda la correspondencia entre las partes del contrato y toda otra información que se deba conservar de acuerdo con las buenas prácticas de mantenimiento de registros. En el mercado existen diferentes proveedores, para lo cual la entidad contratante debe identificar aquel sistema de gestión de documentos (*Document Management System - DMS*) que esté acorde a sus procesos internos y que garanticen, almacenamiento, rastreo y disponibilidad de los documentos asociados a la gestión contractual¹⁴. Adicionalmente y de forma paralela, deben existir cambios culturales y organizacionales que potencialicen los beneficios de dichos sistemas.
- b) Un sistema de archivo para copias impresas. El equipo de gestión de contratos debe garantizar que tendrá fácil acceso a los documentos clave durante la vigencia del contrato.

¹⁴ Algunos ejemplos, que son comúnmente utilizados son *Sharepoint*, *Google Drive*, *Dropbox*, entre otros softwares que son diseñados a la medida.

Los sistemas de archivo existentes de la entidad contratante pueden ser en gran medida adecuados para este propósito. El contrato firmado y otra documentación legal deben almacenarse en un lugar seguro.

- c) Un sistema para registrar y analizar datos relacionados con el desempeño del socio privado, y para producir informes según sea necesario para la alta gerencia de la entidad contratante y para otras partes interesadas.

En algunos proyectos, los sistemas de la entidad contratante recibirán datos directamente de los sistemas de registro de desempeño de la parte privada, o la entidad contratante tendrá acceso a los sistemas de la parte privada.

- d) Un sistema de gestión de flujos de tareas que registra las tareas de las que el equipo de gestión de contratos es responsable de gestionar el contrato y automatiza los procesos clave, como la recepción y aprobación de informes de la parte privada. Es posible que la entidad contratante no necesite un sistema de este tipo para una APP pequeña y única administrada por una sola persona.

Para las autoridades de contratación con proyectos más complejos, equipos de gestión de contratos más grandes o una cartera/portafolio de proyectos APP, un sistema de gestión de flujo de tareas puede proporcionar eficiencias significativas. También puede ser una herramienta importante de gestión de riesgos, que ayuda a la entidad contratante a ejercer sus derechos y cumplir con sus obligaciones en virtud del contrato de manera oportuna.

Existen diferentes herramientas¹⁵ que están ligadas a la gestión de proyectos en el ciclo completo de un contrato que usualmente son denominados *Project Management Information Systems – PMIS*. La elección de la herramienta PMIS adecuada para una entidad contratante depende de varios factores, como el tamaño de la entidad, la complejidad de los proyectos (Proyectos más grandes y complejos requerirán herramientas más robustas y con mayor funcionalidad), las necesidades específicas del equipo y el presupuesto disponible.

- e) Un modelo financiero ¹⁶

La construcción de un modelo financiero que estime o aproxime los flujos financieros reales del agente privado/SPV puede ser una herramienta útil de apoyo en la gestión de los procesos de negociación de compensaciones por eventos compensables (a fin de poder estimar el impacto financiero de un determinado evento en el equilibrio financiero de la parte privada) y en todo caso para contar con una visión general del desempeño financiero del privado y entender sus posibles restricciones o falta de las mismas en términos de acometer inversiones adicionales o saber si operar bajo una situación de normalidad financiera o bajo presiones.

¹⁵ Algunos ejemplos de estas herramientas que tendrán diferentes características y funcionalidades según se requiera, pueden incluir, pero sin limitarse las siguientes: Seguimiento y control de cronogramas y presupuestos como Microsoft Project, Primavera P6; Projecte; herramientas colaborativas para el manejo de información como Sharepoint o Dropbox; herramientas para la gestión y firma de contratos y documentos en línea como ContractWorks, Docusign.

¹⁶ En la mayor parte de las jurisdicciones más avanzadas en APPs se utiliza un modelo financiero contractual en base al modelo financiero de oferta del privado, como instrumento consensuado para calcular compensaciones por eventos compensables o para calcular compensaciones por terminación anticipada en determinados supuestos. En la medida en que esa no es hoy día práctica usual en Colombia se ignoran las pautas de gestión en relación con el uso de esa herramienta que no se espera sea aplicada en los proyectos APP del país al menos en los próximos años.

Para la construcción de ese modelo¹⁷ la entidad contratante se puede basar en la información de los estados financieros auditados que debe entregar el privado, así como la información con la que se cuente con relación a la financiación y desde luego los ingresos de los que en todo caso se cuenta con información de primera mano.

f) Un modelo del mecanismo de pagos.

El caso base del modelo financiero en proyectos cuya fuente de pago corresponde únicamente a aportes públicos y en proyectos cuya fuente de pago es la explotación económica y aportes de recursos públicos (por ejemplo, fondos del sector público que cubren la brecha de viabilidad) incluye los montos previstos que debe pagar la entidad contratante a la parte privada. Sin embargo, el caso base del modelo financiero puede no tener la funcionalidad requerida para calcular o validar fácilmente el monto real a pagar en cada período de pago, teniendo en cuenta las deducciones basadas en el cumplimiento/disponibilidad (por ejemplo, debido a la falta de disponibilidad de la infraestructura) y otros ajustes de los pagos previstos en el contrato.

En esta situación, a menos que el mecanismo de pago sea muy simple, la entidad contratante también debe desarrollar un modelo de pago con el fin de calcular o validar los pagos, las deducciones y los ajustes necesarios¹⁸.

Estas herramientas en general permiten una mejor sostenibilidad del conocimiento y preparación del equipo de gestión y sus capacidades, mitigando el riesgo del impacto en las capacidades de gestión motivado por cambios en el equipo y haciendo más eficiente el acceso y manejo de información clave.

¹⁷ No se debe confundir este modelo financiero con el modelo financiero de la estructuración, si bien se deja a criterio de la entidad contratante el utilizar este último como punto de partida, pero siempre entendiendo que los datos deben reflejar en lo posible los datos reales (de entrada, el valor de la contraprestación según esta ha sido ofrecida por el adjudicatario).

¹⁸ Como cualquier otra actividad que pueda ser delegable, el desarrollo de este modelo puede ser encargado a la interventoría cuando se vaya a contratar está el monitoreo del desempeño y los cálculos de las posibles deducciones en primera instancia. No obstante, el personal propio del equipo de gestión debe poder disponer de dicho modelo para realizar sus propios cálculos y desde luego comprender bien su funcionamiento.

Parte B.-ÁREAS DE GESTIÓN CLAVE DURANTE LA VIDA DEL CONTRATO

Área de gestión 1. Gestión de relaciones

Parte B. Áreas de gestión general durante la vida del contrato
Área de gestión 1. Gestión de relaciones
Área de gestión 2. Gestión del cambio
Área de gestión 3. Seguimiento, control y gestión de riesgos y compromisos fiscales. Otras obligaciones de información internas aguas arriba.
Área de gestión 4. Planificación de contingencias y gestión de eventos críticos.
Área de gestión 5. Gestión del conocimiento e información y planeación de la sucesión.
Área de gestión 6. Resolución de conflictos.
Área de gestión 7. Gestión del desempeño.
Área de gestión 8. Gestión y administración financiera.

Objetivos

Las APP, por su naturaleza, suelen abarcar un largo período de tiempo durante el que se desarrollan relaciones complejas entre las distintas partes involucradas. Hay muchos grupos de interés en una APP, incluidos el socio privado y otros grupos de interés como subcontratistas, prestamistas, inversionistas, usuarios finales, reguladores, otras entidades y autoridades y la comunidad en general.

Los objetivos de la gestión de relaciones son garantizar que:

- La entidad contratante se asocie de forma efectiva con el socio privado basada en la transparencia, la apertura, el respeto mutuo y la cooperación.
- La entidad contratante tenga relaciones efectivas con los grupos de interés relevantes, tanto internos como externos, involucrados en el proyecto APP para que estas relaciones ayuden al logro de los resultados del proyecto.

El foco de esta sección es el de la relación con la contraparte privada, sin perjuicio de brindar ciertas pautas en relación con otros grupos de interés.

Subtemas o tareas a desarrollar

La Figura 7. Subtemas o tareas incluidas en la gestión de relaciones, proporciona un resumen de los temas/tareas incluidas en esta área de gestión, los cuáles serán descritas en detalle a continuación:

Figura 7. Subtemas o tareas incluidas en la gestión de relaciones



1. Factores clave en la gestión de relaciones con la parte privada

Hay una serie de factores clave para establecer una buena relación entre la entidad contratante y la parte privada, y otros grupos de interés del proyecto:

- **Beneficio mutuo:** la entidad contratante y la parte privada deben abordar el proyecto como un acuerdo de beneficio mutuo.
- **Comprensión de los objetivos:** las entidades públicas interesadas en el proyecto, por un lado, y la parte privada y otros miembros del consorcio, por otro, deben identificar los objetivos de cada uno y los que tienen en común.
- **Confianza:** la confianza solo se puede construir con el tiempo. Esta, es promovida por ambas partes mediante la búsqueda del beneficio mutuo, a través de una comunicación abierta y transparente, y el cumplimiento oportuno de las obligaciones. Implica un enfoque consistente para hacer negocios “sin sorpresas (desagradables)”.
- **Comunicación abierta:** la comunicación abierta es clave para mantener una buena relación. Fomenta un espíritu de cooperación y alineación de intereses comunes entre las partes. La comunicación abierta no significa que las partes deben compartir toda la información relacionada con el proyecto. Sin embargo, una parte debe compartir un elemento de información si no existe una razón de interés público, comercial o legal que recomiende no compartirla o lo impide, cuando compartir dicha información mejorará la relación.

La gestión eficaz de las relaciones comienza con una actitud colaborativa, en lugar de una actitud de adversarios. Si cualquiera de las partes comienza con una relación de enfrentamiento adversario, esto puede forzar a la otra parte a adoptar las mismas tácticas y comprometer los intereses a largo plazo de ambas partes.

La continuidad y el compromiso personal también son importantes en una relación. La entidad contratante debe tratar de limitar la rotación de personal en su equipo de gestión del contrato y establecer buenas prácticas de sucesión (consulte el Área 5 sección de la Parte A **Planeación de sucesión**).

2. Gestión de la relación con la parte privada.

La relación entre la entidad contratante y la parte privada comienza durante la fase de licitación y se desarrolla progresivamente desde el momento de la firma del contrato. La relación debe ser promovida en los niveles superiores en ambas organizaciones. Las actitudes y acciones de la alta dirección señalarán a otros empleados cómo deben tratar la relación. Establecer una asociación efectiva con el socio privado basada en la transparencia, apertura, respeto mutuo y cooperación garantizará hasta cierto punto el éxito en la gestión de la relación.

La entidad contratante debe reconocer la importancia de la coincidencia de intereses en un proyecto de APP. La transferencia de riesgo contractual, la especificación de resultados y el mecanismo de pago son elementos importantes que contribuyen a esta coincidencia de intereses, ya que alinean los intereses comerciales de la parte privada con los objetivos del proyecto de la entidad contratante.

La entidad contratante y la parte privada deben fortalecer su relación compartiendo información relevante cuando no se vaya a afectar el interés público, o vulnerar los principios obligaciones de confidencialidad. Las preocupaciones sobre la marcha de la relación deben discutirse con franqueza, ya sea que se relacionen con el desempeño del contrato, o con la actitud de las personas. Si esto no se hace,

existe el riesgo de que los problemas se agraven. Ambas partes deben evitar estar a la defensiva ante las críticas. El foco debe estar en proporcionar y obtener información con miras a mejorar la relación a lo largo del tiempo en lugar de repartir culpas.

El equipo de gestión del contrato de la entidad contratante debe analizar toda la información recibida de la parte privada. Cuando sea relevante, la información debe incorporarse en el Manual de gestión del contrato u otras herramientas de administración del contrato.

Si bien una buena comunicación debe evitar la formalidad excesiva, la entidad contratante debe tener especial cuidado en documentar las comunicaciones verbales cuando sea necesario mantener de lo que se dijo. Por ejemplo, si se acuerda verbalmente que cada parte considerará una variación menor propuesta a la especificación de resultados, un registro escrito de la discusión es de importancia crítica para aclarar que ninguna parte se ha comprometido aún con la variación.

El registro o las actas escritas deben ser preparadas o revisadas por una persona con una comprensión sólida del contexto de las discusiones antes de distribuirse a la otra parte.

Los documentos creados como consecuencia de discusiones verbales y otras comunicaciones informales entre las partes, como los correos electrónicos, deben almacenarse de acuerdo con la estrategia de gestión de información y documentación de la entidad contratante (ver el Área de Gestión 5. Gestión del Conocimiento e Información, Planeación de la sucesión en sección de la Guía).

Gestionar la relación con la parte privada puede ser particularmente desafiante si surge una disputa. Establecer mecanismos eficaces para la resolución de disputas de manera eficiente (procesos “informales” antes de llegar a los más formales)¹⁹. El Área de Gestión 6. Resolución de conflictos *de la Guía proporciona información adicional sobre la gestión de controversias, incluidas las técnicas para gestionarlas sin socavar la relación general con la parte privada.*

3. *Canales y foros de comunicación adecuados.*

Un Contrato APP a menudo identifica uno o más puntos de contacto formales entre la entidad contratante y la parte privada. Por ejemplo, el contrato puede establecer que el máximo responsable de la entidad contratante está autorizado para emitir avisos formales bajo el contrato, a la parte privada. Sin embargo, para garantizar una buena relación, es posible que se necesiten otros puntos de contacto.

En la mayoría de las APP, la relación entre las partes opera en varios niveles organizativos diferentes. Las relaciones de trabajo entre las partes deben llevarse a cabo entre pares. Por lo tanto, los canales de comunicación tienden a ejecutarse “horizontalmente” entre personas en niveles equivalentes en cada organización. El director del equipo de gestión del contrato de la entidad contratante puede comunicarse con la alta dirección de la parte privada con poca frecuencia, pero a intervalos regulares, sobre asuntos estratégicos. El personal de administración del contrato que informa al director del equipo, y sus equivalentes del sector privado, pueden comunicarse con frecuencia sobre asuntos operacionales.

La entidad contratante debe identificar y definir los roles de los miembros del equipo de gestión del contrato en relación con la comunicación con la parte privada, cuando está desarrollando la estructura del equipo de gestión del contrato. Consulte la Parte A del apartado 2 Configurando al equipo. *Consulte*

¹⁹ En cada caso explorar la adopción del mecanismo de discusión / resolución amigable previos al amigable componedor, y en especial reforzar la posibilidad de que las partes de buena fe lleguen a acuerdos previos, antes de activar los mecanismos de solución de controversias previstos en el Contrato APP.

la Parte A apartado para obtener más información sobre el establecimiento del equipo de gestión del contrato.

Para que la comunicación horizontal entre las partes funcione de manera efectiva, la autoridad de contratación debe:

- Establecer protocolos con la parte privada para estas comunicaciones.
- Asegurarse de que los individuos responsables en cada nivel tengan las habilidades apropiadas. Si las habilidades no son las adecuadas para un nivel particular de comunicación, la efectividad de la comunicación en ese nivel puede verse comprometida.

El Contrato APP debe prever **reuniones formales regulares entre las partes en los niveles apropiados, es decir, a nivel horizontal** o entre pares). Los acuerdos que normalmente se aplican para la fase operativa de un Contrato APP incluyen las siguientes reuniones periódicas:

- Reuniones operativas (idealmente semanales durante construcción y bisemanales durante operaciones).
- Reuniones (idealmente mensuales) a nivel de gestión para revisar el desempeño operacional del contrato.
- Reuniones (idealmente) trimestrales de los representantes principales de las partes, para discutir sobre temas estratégicos.

Si el Contrato APP no prevé tales reuniones, la entidad contratante debe buscar el acuerdo de la parte privada para llevar a cabo dichas reuniones, y consignar las pautas y frecuencia para las mismas en el manual de gestión del contrato.

Para garantizar una comunicación coherente a través de los diversos canales de comunicación horizontal, es esencial que haya **comunicaciones internas “verticales”** coherentes dentro de la entidad contratante. Esto garantiza que el director del equipo de gestión del contrato y los otros miembros de su equipo tengan un entendimiento común del estado de la relación y que envíen mensajes consistentes a sus contrapartes del sector privado. Si esto no se hace, las diferencias de perspectiva pueden crear o enmascarar problemas en la relación. Por ejemplo, el jefe del equipo de gestión del contrato puede considerar la relación como exitosa, sin darse cuenta de una fricción significativa entre el personal de administración del contrato junior y sus equivalentes privados.

Las rutas de escalada deben entenderse y usarse de manera adecuada para que los problemas se resuelvan de manera temprana.

La entidad contratante también debe considerar una comunicación regular con los inversores de la parte privada, sus prestamistas y sus contratistas de construcción, operaciones y mantenimiento cuando esto no esté establecido en el contrato. Por ejemplo, puede ser apropiado invitar a representantes de los inversionistas y de los contratistas de operaciones y mantenimiento para que asistan a las reuniones de evaluación del desempeño de manera regular, teniendo cuidado en respetar las obligaciones de confidencialidad y privacidad.

4. Relaciones con la comunidad y otros grupos de interés.

La consulta apropiada y la comunicación con los grupos de interés es un componente importante de la buena gobernanza. Un proyecto de APP a menudo involucrará o afectará a un gran número de partes.

La interacción entre la Autoridad y los grupos de interés puede ser compleja. Encontrar una forma adecuada de involucrar a los diferentes tipos de grupos de interés es un asunto delicado, ya que la Autoridad tiene que gestionar cuidadosamente sus expectativas, intereses e inquietudes.

La entidad contratante debe desarrollar planes de consulta y comunicación que detallan cómo manejará las relaciones con la comunidad y grupos de intereses más amplios (*ver el Cuadro 10. Ejemplos de grupos de interés clave con algunos ejemplos de grupos de interés claves*). Estos planes deben documentarse o mencionarse en el Manual de Gestión del contrato (*ver la Parte A Sección 3. Manual de Gestión de Contratos y otras herramientas de gestión*).

Algunos proyectos pueden ser de un interés tan importante para la comunidad, y otras partes, como otros niveles del sector público (por ejemplo, entidades locales en el caso de un proyecto nacional o al revés), que el equipo de gestión contractual debe estar preparado para brindar información pública y facilitar visitas al sitio. La entidad contratante también debe considerar el establecimiento de un sitio web del proyecto como un medio de comunicación con una audiencia más amplia.

Muchos proyectos de APP tienen una gama variada de grupos de interés gubernamentales. Estos grupos de interés pueden incluir departamentos de la entidad contratante que no son directamente responsables de la gestión del contrato, u otras agencias del sector público que realizan funciones de gobierno central (es decir, agencias centrales, por ejemplo, el departamento o dirección de hacienda o de finanzas) que influyen en el proceso de toma de decisiones y generalmente son parte de la entidad competente respectiva. La entidad contratante debe distinguir entre los grupos de interés que deben formar parte del marco de gobernanza del proyecto durante la fase de gestión del contrato, de aquellas que no tienen que ser parte de ese marco. (*ver Parte A Sección 1. Desarrollo de la estrategia de gestión contractual de esta Guía para obtener más orientación sobre cómo establecer un marco de gobernanza*).

Cuadro 10. Ejemplos de grupos de interés clave

En los proyectos de APP hospitalarios, las partes interesadas distintas de la autoridad contratante pueden incluir la administración nacional de salud, el personal médico (como médicos y enfermeras), el personal de la administración del hospital, los residentes locales, los futuros pacientes y los grupos ambientales.

En los proyectos de APP en carretera, las partes interesadas distintas de la entidad contratante pueden incluir a las entidades locales relevantes, los propietarios de tierras, los residentes locales, la autoridad ferroviaria (si el proyecto cruza una línea ferroviaria), los organismos a cargo de la infraestructura de agua, gas y electricidad y la policía de tránsito.

Incluso si el socio privado, bajo el acuerdo de APP, ha asumido la responsabilidad y el riesgo asociado de tratar con un grupo de interés en particular, el equipo de gestión del contrato puede desempeñar un papel relevante informando del proyecto a ese grupo de interés y así asegurarse de que ese grupo no frene innecesariamente el proyecto. Por ejemplo, cuando el socio privado es responsable de obtener un permiso de otra agencia gubernamental, el equipo de gestión del contrato puede asegurarse de que la otra agencia gubernamental entienda completamente el proyecto y el contexto en el que la parte privada está solicitando el permiso. Sin embargo, el equipo de gestión del contrato no debe proporcionar ninguna garantía al socio privado de que se otorgará el permiso, ya que esta decisión es responsabilidad de la otra agencia gubernamental.

Mediante la implementación y el uso de técnicas apropiadas de gestión de relaciones, la entidad contratante puede mitigar como el riesgo de que los residentes locales o el personal operativo (como médicos y enfermeras en un proyecto de hospital) se opongan al proyecto.

La gestión de relaciones con los grupos de interés internos se explica en Área de gestión 3. Seguimiento, control y gestión de riesgos y compromisos físicos, en particular de pasivos contingentes de esta misma Parte B del documento en el contexto de la obligación de divulgación de información aguas arriba.

Área de gestión 2 Gestión del Cambio

Parte B. Áreas de gestión general durante la vida del contrato

Área de gestión 1. Gestión de relaciones

Área de gestión 2. Gestión del cambio

Área de gestión 3. Seguimiento, control y gestión de riesgos y compromisos fiscales. Otras obligaciones de información internas aguas arriba.

Área de gestión 4. Planificación de contingencias y gestión de eventos críticos.

Área de gestión 5. Gestión del conocimiento e información y planeación de la sucesión.

Área de gestión 6. Resolución de conflictos.

Área de gestión 7. Gestión del desempeño.

Área de gestión 8. Gestión y administración financiera.

Objetivos

Durante el término de un Contrato APP, habrá muy probablemente una serie de eventos de cambio que requieran una gestión adecuada.

La entidad contratante puede haber previsto algunos de estos eventos de cambio en el momento de la estructuración y licitación del proyecto y haberlos contemplado en el contrato. En tales casos, la entidad contratante debe gestionar estos eventos de acuerdo con el proceso especificado en el contrato.

Pero es posible que otros cambios que no se hayan previsto en el momento de la estructuración y licitación del proyecto, sean necesarios o convenientes para lograr mejores resultados del proyecto. Si el Contrato APP, no contiene un proceso para gestionar un cambio, la entidad contratante la parte privada pueden necesitar renegociar algunos elementos del contrato.

Los objetivos de la gestión del cambio son:

- Asegurar que los cambios que afectan el proyecto se gestionen de manera coordinada y adecuadamente planificada.
- Preservar la asignación de riesgos, a menos que un cambio en la asignación de riesgos sea en interés de la entidad pública y la comunidad.
- Mejorar o proteger los resultados del valor por dinero logrado por el proyecto.

Este tema comprende los principales procesos de cambio que pueden ocurrir durante la vida de una APP, ya sea iniciada por una parte u ocurriendo en ciertos momentos previstos en el contrato. Además, puede haber una variedad de eventos de los que resulte un cambio en los derechos u obligaciones de una parte en virtud del contrato. Por ejemplo:

- Si la parte privada tiene derecho a presentar una reclamación en virtud del contrato como resultado de la ocurrencia de un evento en particular, esto puede resultar en un cambio en el tiempo dentro del cual la parte privada debe cumplir una obligación, y/o puede dar derecho a la parte privada a un pago adicional como compensación por el evento (ver el Área 1 de gestión de la etapa Preoperativa y de la Etapa de Operación y Mantenimiento en la Parte C de esta Guía para obtener orientación sobre la gestión de reclamaciones durante las fases de construcción y operaciones, respectivamente).
- Si ocurre un evento inesperado, como un evento de fuerza mayor, la parte privada puede ser liberada de sus obligaciones en la medida en que se vea afectada por el evento de fuerza mayor

ver el Área de Gestión 4. Planificación de contingencias y gestión de eventos críticos de la Parte de la Guía para obtener mayor información.

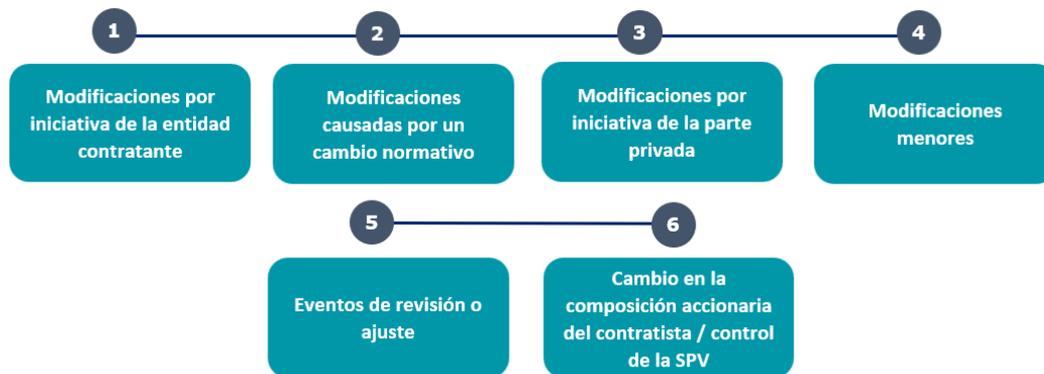
- En todo caso, es de vital importancia que las partes atiendan los límites previstos en la ley para efectos de modificar el Contrato APP, en relación con el plazo, el alcance y la cuantía, en el caso de que no estén previstos explícitamente en el contrato. Ve el Cuadro 11 más adelante.

Cuando la modificación sea relativa al alcance de las obligaciones y requerimientos técnicos, en especial cuando suponen inversiones adicionales, la modificación del Contrato APP debería ser tratada por la entidad contratante como una nueva decisión de inversión. Si la entidad contratante considera a priori que una modificación es necesaria, o no siendo necesaria por imperativo de la norma, es conveniente, debe evaluar cuidadosamente todos los impactos de la misma de la manera más consistente posible con los procesos que se aplicarían si los cambios se propusieran como un nuevo proyecto. Esto debería incluir llevar a cabo las pruebas pertinentes de factibilidad, asequibilidad y diligencia debida que normalmente se realizarían al evaluar un nuevo proyecto, analizando la conveniencia de posponer la modificación hasta la finalización del período contractual (cuando esto sea posible) y/o la conveniencia de terminar anticipadamente el contrato (cuando la modificación no es viable por exceder límites de adiciones) para volver a iniciar un proceso de selección.

Subtemas o tareas a desarrollar

La Figura 8. Subtemas o tareas a desarrollar en el área de gestión del cambio, proporciona un resumen de los temas incluidos en esta área de gestión, los cuáles serán descritos en detalle a continuación:

Figura 8. Subtemas o tareas a desarrollar en el área de gestión del cambio



1. Modificaciones por iniciativa de la entidad contratante

En general, los Contratos APP deben incluir una cláusula de “modificaciones” o “variaciones” que permita a la entidad solicitar cambios en la infraestructura y los servicios prestados por la parte privada, estableciendo ciertas reglas a aplicar para proceder a dichas modificaciones (que deberán estar sujetas a las limitaciones que establece la ley y que se explican en el **Cuadro 11. Límites previstos en la ley para efectos de modificar el Contrato APP, en relación con el plazo y la cuantía** más adelante).

♦ Existe un tipo de cambio o modificación consistente en la modificación de la estructura financiera de la SPE por una refinanciación que es una cuestión usualmente sometida a control y gestión por parte de la entidad contratante, en especial cuando se prevé controlar que no exista un excesivo endeudamiento o por que se decida establecer la necesidad de compartir las posibles ganancias extraordinarias del privado por dicha refinanciación. Esta guía no desarrolla los procesos de gestión de estos eventos en el entendido de que no son usuales a fecha de hoy ni se prevé instaurarlos en el corto plazo.

Idealmente estas reglas deben incluir:

- La constatación del derecho de la entidad contratante para solicitar modificaciones a la infraestructura y los servicios.
- Límites en el valor, el tamaño o la naturaleza de las modificaciones que la entidad contratante puede solicitar o requerir que la parte privada implemente.
- El proceso para que la parte privada considere y responda a las solicitudes de modificación y la entidad contratante verifique si el costo cotizado no resulta indebidamente elevado (en ausencia de licitación de las obras).
- La definición de cómo se asignarán los ahorros (en su caso) y como se financiarán los costos.

En todo caso es recomendable desarrollar un procedimiento detallado a incorporar al manual de gestión (o como procedimiento a anexas al mismo), que desarrolle esas reglas y añada tareas o pasos que son de índole interna de la entidad contratante, desde el inicio de la solicitud hasta la implementación de la modificación, de manera que se identifique la necesidad de modificación, se valide internamente su viabilidad y se proceda a proponerla y socializarla con la contraparte.

Dicho procedimiento debería incluir los siguientes pasos:

- La entidad contratante elabora la correspondiente justificación técnica, financiera y jurídica de la modificación que va a proponer.
- La entidad contratante elabora una propuesta de minuta de modificación.
- Se valida internamente la viabilidad de la propuesta de minuta de modificación.
- Se presenta la propuesta de modificación a la parte privada solicitando su respuesta y cotización.
- Esta revisa la propuesta y presenta sus consideraciones a la solicitud de modificación, junto con su cotización de precio o costo (o si es el caso, su estimación de ahorros y propuesta para compartir dichos ahorros).
- Verificar, la respuesta de la parte privada con sus consideraciones y analizar y determinar si los costos (o ahorros) de la modificación representan valor por dinero.
- Cuando se llegue a un acuerdo, se surten los procesos internos de revisión y aprobación de la modificación propuesta y su correspondiente justificación técnica, financiera y jurídica.
- Si se solicita a la parte privada que ofrezca un precio para la modificación, existe el riesgo de que el precio conlleve un margen no competitivo. Algunos contratos APP a nivel internacional mitigan este riesgo exigiendo a la parte privada que realice una licitación competitiva para los trabajos de construcción o servicios adicionales solicitados por la entidad contratante, aunque esto no es siempre operativo.
 - En ausencia de dicha licitación competitiva se debe establecer mecanismos de salvaguarda de la ausencia de márgenes indebidos (apelando por ejemplo a un informe de experto en relación con estimación de los costes previstos u ofertados por el partícipe privado).
- La entidad contratante define y propone cómo y cuándo se realizarán los pagos por las modificaciones.

- Concluir la negociación.
- Una vez surtido todo el proceso anterior, las partes suscribirán el otrosí correspondiente.

Al gestionar las modificaciones iniciadas por la entidad contratante, se deben aplicar los siguientes principios:

- a) Siga siempre los procesos establecidos en el Contrato APP.

Esto ayuda a mantener la asignación de riesgos del proyecto, asegura que la entidad contratante tenga acceso a información sólida para la toma de decisiones y asegura que haya documentación adecuada de las decisiones tomadas que luego pueden reducir la probabilidad de disputas.

- b) Asegúrese de que las modificaciones estén sujetas al mismo grado de escrutinio y control que se aplicaría a cualquier inversión o acción de la entidad similar que se implementaría fuera del Contrato APP.

El proceso de cambio en el Contrato APP no debe considerarse como una forma de eludir los procesos gubernamentales ordinarios, y se debe tener cuidado para garantizar que cualquier cambio genere represente valor por dinero o no deteriore éste.

Por ejemplo, si una modificación implica un costo de capital adicional para la entidad contratante, la modificación debe aprobarse mediante un proceso similar a un gasto de capital equivalente que se produce fuera de la APP, ya que el gasto de capital adicional es una nueva inversión pública.

De esta manera, debe analizarse lo oportuno o necesario de la modificación, cuando represente un costo material adicional, desde el punto de vista de su eficiencia económica, justificando que genera beneficio económico neto, así como actualizar el análisis de impacto fiscal reportando debidamente a la agencia central responsable de las finanzas públicas (MHCP en el caso de proyectos de ámbito nacional o con aportes públicos del presupuesto central o la entidad competente a nivel territorial si el proyecto incluye aportes de entidades territoriales).

Igualmente, la entidad deberá realizar el correspondiente análisis de valor por dinero²⁰ para determinar si: (i) es conveniente modificar el contrato para que la parte privada adelante las obras bajo el Contrato APP o (ii) si se requiere iniciar un proceso de selección para contratar a quien ejecutará esas obras²¹. Cuando la magnitud de la inversión adicional no sea significativa,

²⁰ Ver glosario para precisar la aplicación de valor por dinero y su diferenciación con la metodología VpD.

²¹ La realidad es que en el momento de una modificación de contrato que conlleve obras adicionales, es poco probable que estas puedan, en términos prácticos, ser contratadas con un tercero a través de una licitación directa y que la gestión de dichas obras se encuentre fuera del Contrato APP. Sin embargo, puede analizarse de ser oportuno financiar directamente la modificación frente a la opción de que la financie el socio privado (cuando lo primero representa una opción real al contar con los recursos necesarios). También hay que tener en cuenta que, en determinadas circunstancias, según la relevancia de la modificación, se debería analizar la conveniencia de terminar anticipadamente el contrato, considerando si una terminación anticipada a fin de relicitar el contrato puede representar mayores eficiencias y preservar el valor por dinero (entendido como se precisa en el glosario), que proceder con la modificación del contrato. Este análisis puede ser de carácter cualitativo acompañado de análisis cuantitativo que estime cuanto es el costo de terminación anticipada y una licitación de las obras y su operación y mantenimiento con el escenario de acometer la modificación.

debería bastar con un análisis del valor por dinero de tipo cualitativo²², a fin de obtener una certidumbre razonable en relación con la no destrucción de valor por dinero.

- c) Comience con un alcance cuidadosamente desarrollado y una especificación de resultados clara y estándares de rendimiento para la modificación.

La especificación de resultados y los estándares de rendimiento teniendo en cuenta a los usuarios y otros grupos de interés para garantizar una comprensión exhaustiva de lo que se necesita y lo que se entregará.

La entidad contratante también debe evaluar si se pueden requerir permisos de otras instituciones o agencias, y quién debe ser responsable de obtener estos permisos. Si se necesita un permiso para que la modificación proceda, la entidad contratante deberá determinar si debe obtener el permiso o si el socio privado debe obtener el permiso.

- d) Asegúrese de planificar de manera realista los plazos de entrega y estimar de manera realista los costos y los impactos de la modificación en el servicio.
- e) Identifique cualquier trastorno o interrupción a corto plazo que se producirá cuando la parte privada implemente la modificación, y asegúrese de que los grupos de interés relevantes conozcan y puedan gestionar esta interrupción.
- f) Consulte con la parte privada con respecto a la posible modificación antes de emitir la solicitud formal para la modificación.
- g) Revise críticamente el costo de la modificación cotizado por la parte privada.

Si hay costos de la modificación que no se determinan a través de una licitación competitiva, la entidad contratante debe comparar el costo cotizado por la parte privada contra los costos de obras o servicios de construcción similares o pedir opinión experta sobre los costos cotizados.

La entidad contratante también debe garantizar que la parte privada haya tenido en cuenta cualquier ahorro de costos o ingresos adicionales al citar el impacto en los costos de una modificación.

- h) Asegúrese de que los seguros, garantías, manuales y planes son debidamente actualizados para reflejar las modificaciones.
- i) Verifique si el proyecto cuenta con la cofinanciación de la Nación o la entidad contratante es del orden nacional. Si se cumple alguna de estas dos condiciones, y las partes pretenden modificar la programación o cuantía de aportes al fondo de contingencias durante la ejecución del contrato, se requerirá la autorización del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

²²En estas circunstancias el análisis cualitativo del valor por dinero busca argumentar o defender, en su caso, cuál de las opciones se mostrará más costo-efectiva incluyendo la practicidad de estas y sus posibles impactos en la asignación de riesgos. Por lo general, una contratación separada de las obras supondrá menos costos en relación con el precio de estas (al someterse a una licitación con la correspondiente tensión competitiva, sin perjuicio de que la parte privada pueda concurrir a la misma). Sin embargo, salvo que sea esta la que ofrezca el mejor precio, se tendrá que renegociar el contrato normalmente en aspectos relativos a los costos del mantenimiento de esas nuevas obras y los riesgos relativos a las mismas, para los que es previsible que la parte privada del contrato, al no ser ella la que ejecutó las obras, solicite determinadas salvaguardas en relación con el buen funcionamiento y costos de mantenimiento de estas.

- j) Asegúrese de si, como consecuencia de la modificación contractual, se requiere adelantar autorizaciones o trámites en materia presupuestal y la actualización del banco de proyectos de inversión.
- k) Verificar si se requiere la actualización de la ficha del proyecto (ficha EBI²³ por ejemplo o similares (en caso de que la entidad cuente con este tipo de formatos) para reflejar la modificación contractual.

Al tratarse de una modificación unilateral del contrato se debe tener en cuenta que se deberá justificar su necesidad en términos de preservación del servicio público²⁴.

Se destaca que, si estas variaciones suponen la alteración del valor del contrato en más del 20% del valor inicial, según lo dispuesto por el artículo 16 de la Ley 80 de 1993, y aplicable a esquemas APP bajo la Ley 1508 de 2012, la parte privada puede renunciar a continuar su ejecución.

Cuando sea este último el caso, de ser la modificación realmente necesaria deberá ordenar la liquidación del contrato y adoptar inmediatamente las medidas necesarias para garantizar la terminación del objeto.

Cuadro 11. Límites previstos en la ley para efectos de modificar el Contrato APP, en relación con el plazo y la cuantía

- a) Las partes podrán hacer adiciones y prórrogas, siempre que estén relacionadas con el objeto del Contrato APP.
 - a. Tratándose de contratos regidos por la Ley 1508 de 2012, tales modificaciones se podrán realizar únicamente después de transcurridos los primeros tres (3) años de su vigencia y hasta antes de cumplir las primeras tres cuartas (3/4) partes del plazo inicialmente pactado en el contrato²⁵;
- b) En cuanto al valor de la modificación, si son proyectos de iniciativa pública, o proyectos de iniciativa privada que no requieren del desembolso de recursos públicos para su ejecución²⁶, las partes no pueden adicionar el contrato sino hasta *“el 20% del valor del contrato originalmente pactado”*²⁷

En el caso de proyectos de iniciativa privada que requieren del desembolso de recursos públicos, las adiciones de recursos y el valor de las prórrogas en tiempo sumadas, no podrán superar el 20% de los desembolsos de los recursos públicos originalmente pactados²⁸
- c) Por su parte, para contratos de concesión regidos por la Ley 80 de 1993 las modificaciones están sujetas a los siguientes límites:
 - a. Podrán incorporarse en cualquier momento, siempre que el contrato esté vigente.

²³ La ficha EBI resume la información que contiene el documento de formulación del proyecto de inversión y sirve para que la Administración pública y la ciudadanía en general conozcan la información básica de cada uno de los proyectos de inversión que ejecutan las entidades.

²⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 7 de septiembre de 2018, Rad. No. 05001-23-31-000-2002-03563-01(39143), C.P. Stella Conto Díaz del Castillo.

²⁵ Ley 1508 de 2012, artículo 7.

²⁶ Ley 1508 de 2012, artículo 21.

²⁷ Ley 1508 de 2012, artículo 13.

²⁸ Ley 1508 de 2012, artículo 18.

- b. El límite cuantitativo de adiciones corresponde al 50% del valor inicial, expresado en salarios mínimos legales mensuales vigentes²⁹.

2. Modificaciones causadas por un cambio normativo

Durante la ejecución del contrato, es posible y hasta probable que se produzcan modificaciones normativas que afecten los requerimientos técnicos y/o el balance económico del Contrato APP. Estos cambios legales pueden tener distinta naturaleza, siendo usual a nivel de doctrina global y buenas prácticas distinguir entre cambios de normativa general (por ejemplo tributos, legislación laboral etc.), cambios específicos (típicamente cambios en normativa técnica del sector) y en algunos casos cambios discriminatorios (ciertos posibles cambios en una norma, o normas nuevas, que afectan exclusivamente al proyecto en cuestión o a los contratos APP en específico, por ejemplo un impuesto nuevo).

En función del marco legal y de lo previsto en el propio contrato, las consecuencias financieras de dichos cambios pueden tener que ser soportadas por la parte privada, o ser compartidos o asumidos por la parte pública. En caso de ausencia de claridad en relación a la asignación de riesgos esta deberá evaluarse en función de los documentos CONPES de política contractual aplicables ³⁰.

De no ser claro el contrato en relación con la asignación de este riesgo, las partes deberán acudir a las disposiciones generales sobre preservación del equilibrio financiero del contrato estatal, pactar la modificación, incluyendo sus efectos en la remuneración teniendo en cuenta sus efectos en la remuneración de acuerdo con lo establecido en los documentos CONPES de Política Contractual. En todo caso, en tales circunstancias, se recomienda que la entidad contratante acuda a la asesoría legal experta ^{31, 32}.

En tales casos las partes deberán negociar de buena fe el procedimiento que deberán atender y de no existir acuerdo, acudir a los mecanismos de solución de controversias para dirimir dicha diferencia.

Nos ocupamos aquí de los cambios de carácter específico (normativa sectorial) que traen como consecuencia una modificación de los requerimientos técnicos del proyecto.

²⁹ Ley 80 de 1993, artículo 40, parágrafo. Tener en cuenta además que, para las concesiones suscritas entre la promulgación de la Ley 1150 de 2007 (16 de julio de 2007) y la entrada en vigencia de la Ley 1508 de 2012 (10 de enero de 2012), aplicaba como límite a las adiciones el 60% del plazo estimado al que se refería el artículo 28 de la Ley 1150 – derogado por el artículo 39 de la Ley 1508 – el cual establecía lo siguiente: “En los contratos de concesión de obra pública, podrá haber prórroga o adición hasta por el sesenta por ciento (60%) del plazo estimado, independientemente del monto de la inversión, siempre que se trate de obras adicionales directamente relacionadas con el objeto concesionado o de la recuperación de la inversión debidamente soportada en estudios técnicos y económicos. Respecto de concesiones viales deberá referirse al mismo corredor vial.”.

³⁰ Es usual y buena práctica que como parte de la estructuración de los contratos se identifiquen normas con vocación de cambio, signándose entre las partes el riesgo de soportar los efectos positivos o negativos de dicho cambio; ejemplo de este tipo de disposiciones son las relacionadas con el cambio en la normatividad tributaria, donde es usual que se pacte un esquema de riesgo compartido (banda de riesgos). En estos casos, la entidad debe hacer un seguimiento a los cambios normativos y anticipar los eventuales impactos, de manera que si se materialicen se cuenten ya con una estrategia de ejecución contractual y recursos para atender potenciales pagos.

³¹ Sobre este aspecto tenerse en cuenta entre otros, el artículo 38 de la Ley 153 de 1887, las disposiciones específicas del Contrato APP frente al cambio de ley, así como los parámetros de política de asignación de riesgos.

³² Sobre este aspecto debe tenerse en cuenta que, según lo dispuesto por el artículo 38 de la Ley 153 de 1887, “[En todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración”, por lo cual, en principio, si surgen modificaciones al marco normativo aplicable al Contrato APP, estas no serían vinculantes para el concesionario.

Los Contratos APP deberían incluir un procedimiento específico para los casos en los que, una modificación prevista en una ley posterior (o una nueva Ley) a su celebración tenga como efecto una variación a las especificaciones técnicas. Si el Contrato APP no regula el procedimiento a seguir por las partes en estos eventos, las partes deberán negociar de buena fe el procedimiento que deberán atender y de no existir acuerdo, podrán acudir a los mecanismos de solución de controversias para dirimir dicha diferencia³³.

En estos eventos y si del análisis técnico realizado se concluye que es necesario (o sin ser necesario que resulta conveniente a juicio de la concedente) adoptar dichas variaciones, es la entidad la que debe requerir a la parte privada para que aplique dichos cambios en la ejecución del contrato. Bajo este supuesto, deberá analizarse en función de lo dispuesto en el Contrato y en los documentos CONPES de política contractual quien asume los costos adicionales que su adopción pueda generar.

Es fundamental que las partes del contrato realicen el monitoreo constante de las modificaciones en las leyes y regulaciones relacionadas con el proyecto, ya que podrían tener un impacto en su ejecución, sus necesidades técnicas y su alcance. La entidad pública debe hacer un seguimiento a los cambios normativos a fin de anticipar en lo posible los eventuales impactos, de manera que si se materializan se cuenten ya con una estrategia de ejecución contractual y recursos para atender potenciales pagos.

Siempre que ocurre un cambio regulatorio identificado, es esencial realizar una evaluación exhaustiva de su impacto en el proyecto. Esto implica analizar cómo los cambios impactan el alcance del proyecto, los requisitos técnicos, los plazos, los costos y cualquier otro aspecto relevante del contrato.

Es importante tener una comunicación clara y abierta entre todos los involucrados, incluida la entidad contratante, el contratista y cualquier otra parte interesada relevante. Esto garantizará que todas las partes estén informadas sobre los cambios regulatorios y puedan trabajar juntas para abordarlos de manera efectiva.

Es importante mantener el debido registro de todos los cambios normativos y las modificaciones realizadas en el contrato. Documentar por qué se hicieron los cambios, las negociaciones realizadas y cualquier acuerdo alcanzado entre las partes. De igual manera, es importante que frente a cualquier modificación contractual que implique un mayor pago en favor de la parte privada, la entidad contratante previamente haya identificado las fuentes de recursos con cargo a las cuales atenderá ese mayor pago, siempre considerando la opción de requerir al privado la financiación del costo de la modificación como última opción, caso en el que se deberán aplicar las previsiones del contrato, o en su ausencia, definir un proceso similar al descrito en relación con las reclamaciones por eventos de compensación (ver Parte C – Actividades específicas de cara Área).

3. Modificaciones por iniciativa de la parte privada

Los Contratos APP se centran en resultados. Por lo general, el contrato le otorga a la parte privada una flexibilidad significativa en cuanto a cómo entregar el producto del servicio. Sin embargo, en algunas circunstancias, la parte privada puede desear modificar la forma en que proporciona la infraestructura o los servicios, pero sólo puede hacerlo con el consentimiento de la entidad contratante.

Algunos Contratos APP establecen el proceso mediante el cual la parte privada puede solicitar el consentimiento de la entidad contratante para realizar modificaciones a las especificaciones técnicas del proyecto. Estos procesos suelen tener las siguientes características:

³³ Se considera una buena práctica desarrollar dicho procedimiento en el manual de gestión, y en lo posible, consensuado o al menos compartido con la parte privada.

- El contrato incluye un proceso para que la entidad contratante considere y responda a las propuestas de modificación del privado, dentro de los plazos previstos.
- Se debe verificar si el Contrato APP incluye una regla sobre qué parte debe asumir los costos asociados a la modificación propuesta por la parte privada.

Si el Contrato APP guarda silencio sobre este aspecto, se deberá acudir a las disposiciones especiales aplicables a la contratación estatal y a falta de regulación, a las normas civiles y comerciales. En todo caso, se deben tener en cuenta los principios de interpretación de los contratos, como, por ejemplo, la interpretación útil de las cláusulas (preferir las interpretaciones que generan efectos) y la interpretación sistemática (interpretar el contrato como un todo), entre otras.

Por lo general, en ausencia de otra regulación específica en el contrato, si la modificación propuesta implica ahorros, estos deberían ser compartidos. Si la propuesta de modificación del privado implica costos adicionales, y es considerada como beneficiosa y generadora de valor por dinero, estos deberán ser compensados, partiendo siempre del necesario acuerdo sobre el precio o costo de la modificación y su forma de financiación. En este caso, habrá de acudirse a las disposiciones generales sobre preservación del equilibrio financiero del contrato estatal, pactar la modificación, incluyendo sus efectos en la remuneración.

En caso de querer aceptar la modificación, especialmente si esta conlleva costos, el proceso será similar al descrito para el caso de modificaciones requeridas por la administración, incluyendo la necesidad de surtir los procesos internos de revisión y aprobación de la modificación propuesta por el privado y su correspondiente justificación técnica, financiera y jurídica, y culminando en la implementación del *otro sí* correspondiente.

Al gestionar las modificaciones iniciadas por la parte privada, la entidad contratante debe aplicar los siguientes principios:

- Siga los procesos establecidos en el Contrato APP en caso de que existan procesos específicos para este supuesto.
- Analice en todo caso si el importe / cuantía pueda exceder los límites previstos en la ley, el caso de que se requiera una adición al valor, plazo o alcance del contrato.
- Revise cuidadosamente la modificación propuesta e identifique cualquier riesgo potencial y los problemas que puedan surgir como resultado de la modificación, solicitando información adicional de la parte privada cuando sea necesario. Para modificaciones complejas, la entidad contratante debe considerar contratar asesores técnicos para ayudar en la revisión de la propuesta.
- Identifique cualquier prueba o test que la parte privada deba realizar para demostrar que la modificación se ha completado.
- Si la entidad contratante tiene derecho a compartir los ahorros en costos resultantes de una modificación de parte privada, ésta debe revisar críticamente si la parte privada ha calculado e identificado correctamente todos los ahorros de costos posibles³⁴.

³⁴ Muchas de las posibles modificaciones a proponer por el partícipe privado tienen que ver con los procesos de "Value Engineering" o ingeniería de valor para optimizar costes que realiza el privado en la fase de desarrollo final del proyecto. Es buena práctica de diseño de contratos que el contrato establezca la obligación de compartir los ahorros en al menos un 50%, quedando la aprobación de la modificación supeditada a la compartición de dicho ahorro, siempre que las modificaciones o ajustes no vulneren los requerimientos técnicos y se consideren aceptables desde un punto de vista de sostenibilidad técnica (y ambiental en su caso).

- Revise críticamente el costo de la modificación cotizado por la parte privada, especialmente en el caso de que sea una modificación con costo que se espere que sea financiado o compensado por la entidad.
- Si la entidad contratante desea aceptar la modificación,
 - Surta los procesos de revisión y aprobación internos correspondientes.
 - Verifique si el proyecto cuenta con la cofinanciación de la Nación o si la entidad contratante es del orden nacional. Si se cumple alguna de estas dos condiciones, y las partes pretenden modificar la programación o cuantía de aportes al fondo de contingencias durante la ejecución del contrato, se requerirá la autorización del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.
 - Asegúrese de si, como consecuencia de la modificación contractual, se requiere adelantar autorizaciones o trámites en materia presupuestal.
 - Verifique si se requiere la actualización de la ficha del proyecto o similares (en caso de que la entidad cuente con este tipo de formatos) para reflejar la modificación contractual.
- Si la entidad contratante acepta la modificación, debe garantizar que la parte privada actualice los seguros, las garantías, los manuales y planes.

4. *Modificaciones menores*

En el contexto dinámico de los contratos APP, es común que se necesiten modificaciones menores en el contrato original para adaptarse a circunstancias específicas (como, por ejemplo, obras adicionales menores, ajustes marginales en las especificaciones técnicas o en los métodos previstos, entre otros). Estas modificaciones pueden abordar aspectos operativos, financieros, técnicos o legales y, si se gestionan adecuadamente, pueden contribuir al éxito y la sostenibilidad del proyecto.

En la gestión de modificaciones menores, la entidad contratante debe aplicar los siguientes principios:

- Verificar si se trata de una decisión que se enmarca en la autonomía técnica de la parte privada y por ende no requiere de aprobación y/u otrosí modificatorio al contrato de concesión.
- Siga los procesos establecidos en el contrato para identificar y evaluar las solicitudes de modificaciones menores.
- Determinar si la modificación menor se ajusta al contrato.
- Evaluar el impacto potencial de cada modificación en términos de costo, plazo, calidad y riesgos.
- Priorizar las modificaciones según su urgencia y relevancia para los objetivos del proyecto.
- Comunicar de manera transparente y oportuna cualquier propuesta de modificación a todas las partes interesadas relevantes.
- Facilitar un proceso de consulta que permita recopilar retroalimentación y opiniones de todas las partes afectadas por la modificación propuesta.
- Fomentar la colaboración con el privado para encontrar soluciones mutuamente beneficiosas.
- Establecer claramente los términos y condiciones de la modificación por escrito, que incluya cualquier ajuste en los costos, plazos o responsabilidades contractuales.

- Obtener la aprobación formal de todas las partes involucradas antes de implementar la modificación.

El equipo de gestión del contrato también debe actualizar el Manual de gestión del contrato para capturar los detalles clave y las lecciones aprendidas del proceso de modificación menor, para prepararse para dicho proceso en el futuro para el mismo o cualquier otra APP similar. Así como mantener un registro de detallado de todas las modificaciones menores realizadas durante la ejecución del proyecto.

5. *Eventos de “revisión o reajuste”*

Algunos Contratos APP pueden establecer³⁵ que ciertos aspectos obligacionales del contrato deben restablecerse cuando se producen ciertos desencadenantes. Por ejemplo: una ampliación de un tramo de carretera preestablecida en contrato cuando se alcance determinada saturación o congestión, la construcción de un módulo adicional en una escuela que se prevé necesario en un lapso amplio de tiempo -p.ej. en 5 años, o la ampliación de la flota de vehículos en un proyecto APP de metro urbano cuando se alcance determinado nivel de demanda, etc.

En la gestión de estos eventos, la entidad contratante debe aplicar los siguientes principios:

- Siga los procesos establecidos en el Contrato APP.
- Comience a planificar con antelación significativa antes de que los desencadenantes se activen.
- La entidad contratante puede necesitar ampliar su equipo de gestión del contrato y contratar asesores técnicos, financieros y legales para que lo asistan en el proceso.
- Asegúrese de que los grupos de interés clave y los tomadores de decisiones estén adecuadamente informados e involucrados en el proceso cuando sea necesario.
- Valide y, cuando corresponda, cuestione la información proporcionada por la parte privada en relación con el evento de reajuste.
- Documente fielmente el resultado del evento de reajuste e incorpórelo, según sea necesario, al Contrato APP.

El equipo de gestión del contrato también debe actualizar el Manual de Gestión del Contrato para capturar los detalles clave y las lecciones aprendidas del proceso de reajuste, para prepararse para dicho proceso en el futuro para el mismo o cualquier otra APP similar.

Finalmente, debe destacarse que, en casos de revisión o ajustes, las partes deben verificar si se está en un evento de adición del Contrato APP y, en caso afirmativo, atender los límites previstos en la ley, a los que nos referimos en el Cuadro 11 de la sección 1 de esta Parte B. En caso de duda, se recomienda acudir a asesoramiento jurídico experto (interno o externo).

³⁵ Desde un punto de buena práctica en estructuración, es bueno esforzarse en prever estas posibles necesidades durante la preparación y estructuración del proyecto a fin de incorporarlas de antemano en el contrato lo que puede incluir en ocasiones solicitar al ofertante que incorpore en su oferta la ampliación correspondiente y su costo.

6. Cambio en la composición accionaria del contratista / control de la SPV

Las restricciones a los cambios de control de la SPV son de carácter contractual, no legal³⁶. En esa medida, los Contratos APP contienen (o deberían contener) disposiciones que regulan los cambios en los accionistas de la parte privada, disponiéndose usualmente que estos cambios deben contar con la autorización previa de la entidad contratante en general (todo cambio) o en particular determinados cambios (cambios de control)³⁷ o transferencia por encima de determinados porcentajes.

Los cambios en la propiedad y / o el control deberán estar regulados en el Contrato APP porque pueden afectar el perfil de riesgo del proyecto. La necesidad de regular las transferencias de acciones también está vinculada con la transparencia y la imparcialidad de la licitación, ya que es probable que la participación en la propiedad de la compañía transmisora de acciones haya sido considerada en la evaluación de las ofertas. Por lo tanto, el contrato generalmente requiere que la parte privada obtenga el consentimiento previo de la entidad contratante para ciertos cambios (por ejemplo, cambios durante la construcción y cualquier cambio que equivalga a un cambio en el control).

En algunos casos, pueden haberse dispuesto eventos limitados en los que la entidad puede rechazar el consentimiento para autorizar el cambio de control (por ejemplo, el accionista controlador entrante debe cumplir los requisitos de cualificación originales), mientras que en otros contratos puede que se acuda a consideraciones generales que regulan esta potestad de la entidad contratante (por ejemplo cuando se indica que se autorizará el cambio de control siempre que no se afecten las garantías con que cuenta la entidad contratante)³⁸.

Si la parte privada solicita la autorización de la entidad contratante para un cambio en la propiedad o el control regulado por el Contrato APP, la entidad contratante debe aplicar los siguientes principios:

- Siga los procesos establecidos en el Contrato APP.
 - La entidad contratante no debe resistir innecesariamente los cambios en la propiedad o el control de la parte privada, ya que son una característica deseable de un mercado de APP activo. Sin embargo, la entidad contratante debe seguir los procesos establecidos en el Contrato APP al evaluar estos cambios, ya que estos procesos se han incluido en el contrato para garantizar que los riesgos asociados con estos cambios se evalúen y mitiguen adecuadamente.
- Considere qué habilidades y capacidades se requieren para evaluar el cambio y, si el equipo de gestión del contrato no tiene esas habilidades y capacidades, búselos en otro lugar.

³⁶ En Sentencia de 20 de febrero de 2008 (rad.: 21845) y con ponencia de Myriam Guerrero de Escobar, la Sección Tercera del Consejo de Estado explicó que “Dentro de este contexto normativo se tiene que cada acción entendida como “una parte del capital social de la compañía”³⁶, otorga a su poseedor el derecho de “negociarlas libremente”, así que resulta indiscutible el derecho que en los términos del Código de Comercio le asiste a un socio, cualquiera sea el tipo societario y grado de su participación, de negociar las acciones de las cuales es titular (artículo 379), siempre dentro de los estrictos límites que para el efecto ha señalado el legislador y ceñidos a las claras y puntuales excepciones, las cuales por su carácter, no podrán ser modificadas, suprimidas o ampliadas, dada la naturaleza especial de las normas comerciales que para el efecto se aplican.”

³⁷ El contrato deberá definir lo que se considera como cambio de control a estos efectos.

³⁸ En general un buen contrato deberá definir de manera clara las condiciones requeridas para obtener la autorización, siendo usual que estas se refieran a mantener el mismo nivel de solvencia de la sociedad que el requerido inicialmente al grupo oferente para licitar, considerando la fase en la que se encuentre el proyecto. Ello sin perjuicio de otras salvaguardas usuales en relación con la inadmisibilidad de determinadas entidades -p.ej. por estar incurso en causas de corrupción.

- A menos que el cambio sea una transacción simple, la entidad contratante puede necesitar contratar asesores financieros y legales para ayudarlo a evaluar el cambio.
- Asegúrese de que la parte privada haya proporcionado toda la información que la entidad contratante necesita para evaluar el cambio.
 - Si requiere más información, la entidad contratante debe solicitar que la parte privada proporcione esta información para permitirle evaluar la propuesta.
- Identifique quién tiene la “propiedad” o el “control” de la parte privada antes y después del cambio.
 - En algunos casos, esta es una pregunta simple, sin embargo, cuando los inversionistas utilizan estructuras de propiedad complejas, puede ser difícil identificar qué partes se encuentran dentro de la definición de “propiedad” o “control” en el Contrato APP. La entidad contratante puede requerir asesoramiento legal en relación con estas definiciones.
- Evaluar el impacto del cambio.
 - La entidad contratante debe evaluar cómo el cambio en la propiedad o el control afectará el perfil de riesgo del proyecto. Los posibles impactos de riesgo incluyen los siguientes:
- Si el proyecto depende de la tecnología o los conocimientos proporcionados por un inversionista en particular, y ese inversionista busca salir del proyecto vendiendo sus intereses, existe el riesgo de que se pierda el acceso a la tecnología o los conocimientos. En esta situación, la entidad contratante debe solicitar evidencia de que la parte privada seguirá teniendo acceso a la tecnología o conocimientos necesarios después de que el inversionista haya salido del proyecto.
- El nuevo inversionista puede tener menos capacidad financiera que el inversor saliente. En esta situación, existe el riesgo de que el nuevo inversionista no pueda hacer ninguna contribución de capital futura planificada o inesperada pero necesaria para la parte privada. En esta situación, la entidad contratante debe solicitar evidencia de la capacidad financiera del inversionista entrante.
- La identidad de un nuevo inversor puede crear riesgos de interés público para el Estado y la entidad contratante. Por ejemplo, puede ser inaceptable para el sector público y la comunidad en general que una persona con antecedentes penales obtenga el control de la parte privada y esté en posición de influir en la administración de los servicios prestados a la comunidad en nombre del sector público. El Contrato APP puede permitir que la entidad contratante rechace cualquier cambio de control propuesto.
- Consultar con otros grupos de interés gubernamentales si es necesario el cambio propuesto.
 - La entidad contratante debe consultar con cualquier otra entidad competente que tenga interés relevante dentro del sector público. En algunos casos, un solo inversionista estará vendiendo o comprando dos o más proyectos APP de las entidades públicas al mismo tiempo. Si los contratos relevantes son administrados por diferentes entidades contratantes, dichas entidades deben consultar entre sí para asegurarse de que están

adoptando enfoques coherentes en la evaluación de las cuestiones planteadas por el cambio.

Área de gestión 3. Seguimiento, control y gestión de riesgos y compromisos fiscales, en particular de pasivos contingentes. Otras obligaciones de información internas aguas arriba³⁹

Parte B. Áreas de gestión general durante la vida del contrato
Área de gestión 1. Gestión de relaciones
Área de gestión 2. Gestión del cambio
Área de gestión 3. Seguimiento, control y gestión de riesgos y compromisos fiscales. Otras obligaciones de información internas aguas arriba.
Área de gestión 4. Planificación de contingencias y gestión de eventos críticos.
Área de gestión 5. Gestión del conocimiento e información y planeación de la sucesión.
Área de gestión 6. Resolución de conflictos.
Área de gestión 7. Gestión del desempeño.
Área de gestión 8. Gestión y administración financiera.

Objetivos

Existen riesgos que son retenidos por la parte pública o compartidos entre las partes. En ellos resulta obvio lo necesario de su debido monitoreo y control, lo cual se manifiesta en especial en el seguimiento de los pasivos contingentes y su debida gestión, la cual va ligada además a las obligaciones de información aguas arriba relativas a la gestión fiscal agregada que realizan las entidades de hacienda de orden nacional o territorial.

Lo primordial para la gestión de riesgos que son retenidos o compartidos es la comunicación continua y formal con las entidades involucradas en el proceso de revisión, seguimiento y aprobación en cuanto a compensaciones por eventos de riesgo o en cuanto al impacto fiscal de modificaciones de contrato, y los posibles ajustes de los compromisos fiscales directos que de estos eventos se puedan derivar⁴⁰. Para ello se deben establecer los períodos de revisión y presentación de informes y mantener actualizado cualquier tipo de cambio.

Además, aunque en una APP, la mayoría de los riesgos que afectan al proyecto se transfieren a la parte privada (y la parte privada generalmente asumirá las consecuencias financieras de eventos inesperados que afecten al proyecto), la entidad contratante sigue expuesta aún en esos casos a los riesgos residuales (es decir, el riesgo remanente que queda en sede de la entidad a pesar de su teórica transferencia), tanto en su dimensión de responsabilidad hacia los usuarios / la ciudadanía en tanto la continuidad del servicio se vea amenazada (*ver **Área de gestión 4. Planificación de contingencias y gestión de eventos críticos.***) como también en su dimensión financiera, ya que no sólo eventos de fuerza mayor sino otros riesgos transferidos, pueden conllevar en el extremo la insolvencia de la empresa del proyecto con la consiguiente terminación anticipada que puede gatillar compensaciones financieras.

³⁹ Por obligación de información “aguas arriba” nos referimos a la obligación de informar de manera interna a entidades o agencias centrales u otros grupos de interés en relación con distintos aspectos incluyendo la información relacionada con la gestión del riesgo fiscal.

⁴⁰ Nos referimos a cuando la compensación financiera en lugar de ser un pago directo es una revisión del marco financiero del contrato, con ampliación de plazo y/o revisión de pagos o de tarifas.

Por lo tanto, todos los riesgos deben ser monitorizados en razón de su posible impacto fiscal: los retenidos, en especial los configurados como pasivos contingentes, como los transferidos, en su dimensión residual, que deben también debe realizarse seguimiento y monitoreo permanente.

Por otro lado, los Contratos APP son compromisos a largo plazo del Estado que crean pasivos o compromisos fiscales de la misma duración, a fin de desempeñar sus funciones de gobernanza en general relacionadas con la administración de la posición fiscal del sector público y el programa de APP, las agencias o departamentos centrales requieren información completa sobre todos los proyectos de APP de la respectiva administración y los compromisos fiscales asociados. Los compromisos fiscales que se prevé que surjan como resultado del proyecto se habrán evaluado durante la fase de preparación y estructuración del proyecto, pero las entidades públicas necesitan monitorear y controlar continuamente los pasivos y el impacto fiscal de su programa de APP. Esto requiere actualizaciones recurrentes de la posición fiscal y el valor de los pasivos de cada proyecto, incluyendo qué riesgos transferidos pueden derivar también en compromisos fiscales a través del riesgo residual (en general a través de posible evento de terminación anticipada).

Por lo tanto, más allá de la necesaria gestión de los riesgos por una cuestión de responsabilidad de la entidad contratante, esta deberá prever los necesarios reportes /informes a elevar a las entidades centrales, en este caso MHCP y correspondientes autoridades en el caso de proyectos subnacionales, y en este sentido el apartado 1) de esta Área de Gestión proporciona pautas tanto para el debido control y monitoreo de los riesgos (desde el punto de vista de sus posibles implicaciones fiscales) como en relación a los reportes necesarios a elaborar y compartir aguas arriba con las agencias responsables de controlar el riesgo fiscal y la sostenibilidad de las finanzas públicas.

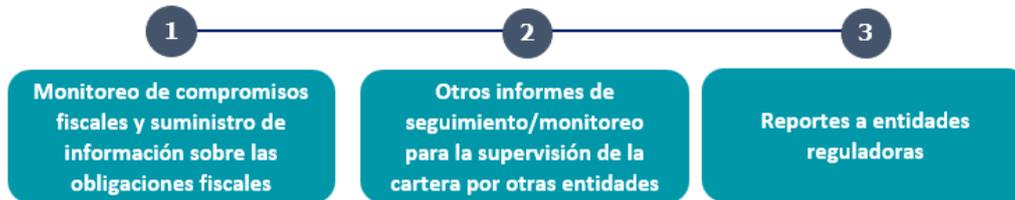
Adicionalmente la entidad contratante tiene la responsabilidad de compartir determinada información o de elevar reportes a otras entidades que pueden ser agencias centrales encargadas o interesadas por conocer la buena marcha en general de los proyectos desde el punto de vista de lecciones aprendidas, a otras entidades públicas que puedan participar en la financiación del proyecto y/o a entidades de carácter sectorial que actúan como reguladores (por ejemplo, superintendencias). A ello se dedican los apartados 2 y 3 del Área de Gestión.

En general los objetivos de las obligaciones de información aguas arriba en relación a los pasivos fiscales, así como otras obligaciones de información son:

- Gestionar proactivamente el riesgo retenido /compartido (así como el riesgo transferido residual) monitorizando su evolución y actualizando su valor.
- Supervisar las obligaciones fiscales pendientes (pasivos firmes y contingentes) y garantizar en lo posible que estas obligaciones puedan cumplirse. *Esto último guarda relación también con la “gestión financiera del contrato” en cuanto a garantizarse la disponibilidad de recursos fiscales para atender las obligaciones de pago (ver Sección relativa a “gestión financiera” más adelante).*
- Dar cumplimiento a las obligaciones de información / reporte en relación con la evolución de los compromisos fiscales y asegurar que los tomadores de decisiones de las autoridades competentes estén conscientes de los costos fiscales a largo plazo a través de una buena información y seguimiento de los compromisos gubernamentales.
- Cumplir con las obligaciones de información a otras entidades públicas que participen en la financiación de los proyectos o a entidades reguladoras.
- Permitir la supervisión efectiva de la agencia central de todo el programa de APP del Estado o autoridad competente para posibles evaluaciones expost y poder coordinar el mejor aprovechamiento de lecciones aprendidas.

- Revelar las obligaciones al público en cuentas o documentos presupuestarios de manera precisa y transparente según establezca la normativa o según se adopten prácticas de transparencia en ese sentido

Subtemas o tareas a desarrollar



1. *Monitoreo de compromisos fiscales y suministro de información sobre las obligaciones fiscales al Ministerio de Hacienda y Crédito Público (y/u otros entes responsables de las finanzas públicas).*

La entidad contratante debe entender y monitorear los pasivos generados por el Contrato APP para que pueda cumplir con sus obligaciones de gestión financiera y de información. La entidad contratante también debe proporcionar información a tiempo sobre la evolución prevista de los pasivos contingentes a la autoridad correspondiente (Ministerio de Hacienda y Crédito Público en los casos de proyectos financiados por la nación o cuando la entidad contratante sea del orden nacional o secretarías de hacienda del orden territorial respectivo, en caso de no contar con financiación de la Nación).

Los pasivos o compromisos fiscales creados por los Contratos APP incluyen:

- Los compromisos directos, que son pagos acordados en virtud del contrato, como los pagos por disponibilidad en una APP con recursos públicos, o los pagos de subvenciones durante construcción en algunos proyectos -no sujetos a la Ley APP o pagos diferidos fijos – irrevocables e incondicionales⁴¹.
- Compromisos contingentes, que son compromisos de pago potenciales que pueden ocurrir por la ocurrencia de riesgos previamente asignados a la entidad.

Los compromisos contingentes generan desde inicio de contrato la obligación de realizar ciertos aportes al Fondo de Contingencias⁴².

En cuanto al Fondo de Contingencias, las entidades contratantes deberán atender lo siguiente:

- Si durante la ejecución del contrato surge algún cambio en el estado del riesgo y, la entidad contratante debe remitir una actualización del plan de aportes del contrato debidamente aprobado por la Dirección General de Crédito Público y Tesoro Nacional del Ministerio de

⁴¹ Nos referimos a lo que en otros países de la región se denominan “pagos por inversiones” o reconocimiento de pagos por inversiones, que vienen a ser pagos diferidos pero que no están sujetos a ajustes por desempeño ni condicionados a la prestación del servicio.

⁴² El Fondo de Contingencias de las Entidades Estatales es un fondo creado mediante la Ley 448 de 1998 y al cual la entidad contratante efectuará los aportes aprobados por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, los cuales estarán destinados a cubrir las contingencias que en virtud del Contrato asume la entidad contratante.

Hacienda y Crédito Público (o la entidad competente a nivel territorial) al administrador del Fondo de Contingencias (Fiduprevisora S.A.), para que éste sea incluido dentro del registro del plan de aportes⁴³.

- Las entidades contratantes deberán girar al Fondo de Contingencias los aportes que correspondan para atender las obligaciones asumidas, en la cuantía, forma y oportunidad prevista en el plan de aportes aprobado por la Dirección General de Crédito Público y Tesoro Nacional, registrado ante el administrador del fondo. Una vez efectuada la transferencia de los recursos, el administrador del fondo efectuará constancia del monto, fecha, el contrato en relación con el cual se han efectuado los aportes y el contratista que eventualmente será el beneficiario del pago por la obligación contingente amparada⁴⁴.
- Siempre que exista la posibilidad de ocurrencia de alguna contingencia a cargo de la entidad contratante, ésta deberá mantener sus aportes en el fondo, con el fin de atender las eventuales obligaciones que puedan surgir⁴⁵.

Tener en cuenta que para el caso de entidades territoriales y proyectos que no cuenten con financiación de la Nación, se deberá realizar los aportes al respectivo fondo de contingencias territorial, conforme a la regulación específica⁴⁶.

Para controlar los pasivos fiscales, la entidad contratante debe:

- Actualizar regularmente las estimaciones de los pasivos directos futuros pagaderos en virtud del Contrato APP para tener en cuenta los factores de ajuste aplicables en el contrato, los cuales pueden ser:
 - programados: los ajustes por inflación o las fluctuaciones cambiarias en su caso,
 - sobrevenidos: como posibles retrasos en la aplicación de las vigencias correspondientes motivados por retrasos en las obras, o reajustes en los importes de los pagos en base a un acuerdo de compensación del impacto de un riesgo.
- Asegurar que todos los riesgos relevantes (eventos con potencial impacto financiero-fiscal) se identifiquen en un registro de riesgos⁴⁷ y que se hayan estimado los pasivos contingentes asociados con estos riesgos. *Para más información sobre un registro de riesgos véase el Cuadro 12. El registro de riesgos y su actualización a continuación.*
- Actualizar periódicamente el registro de riesgos (añadiendo los riesgos nuevos que puedan surgir o riesgos no considerados relevantes al inicio pero que posteriormente lo son⁴⁸, o retirando los riesgos que ya han dejado en su caso de ser relevantes o de existir) así como actualizar las estimaciones de los pasivos contingentes.

⁴³ De acuerdo con el artículo 2.4.1.1.12 del Decreto 1068 de 2015.

⁴⁴ De acuerdo con el artículo 2.4.1.1.13 del Decreto 1068 de 2015.

⁴⁵ De acuerdo con el artículo 2.4.1.1.15 del Decreto 1068 de 2015.

⁴⁶ De acuerdo con el parágrafo del artículo 6 de la Ley 448 de 1998 “*Las entidades territoriales y sus descentralizadas deberán crear su propio fondo de contingencias; para tal efecto determinarán las metodologías de valoración según el tipo de pasivo contingente*”.

⁴⁷ El registro de riesgos identifica y describe cada riesgo y mantiene toda la información sobre el riesgo en un solo lugar para que se pueda construir una imagen completa de la exposición al riesgo.

⁴⁸ Usualmente por que la probabilidad del riesgo ha aumentado durante el transcurso del contrato.

Cuadro 12. El registro de riesgos y su actualización

El registro de riesgos es un documento que lista/identifica y describe todos los riesgos del proyecto, tanto retenidos como transferidos.

De hecho, su primera elaboración es conveniente que sea al inicio de los trabajos de preparación y elaboración de estudios de factibilidad, a fin de identificar adecuadamente todos los posibles riesgos, evitando solapes/redundancias y “puntos ciegos” y facilitando el trabajo de la evaluación de los mismos previa categorización, con objeto de su priorización de manera previa a su análisis a detalle incluyendo su asignación y cuantificación (las cuales se trabajan ya sobre los riesgos definidos como relevantes⁴⁹).

Durante la fase operativa del contrato el registro de riesgos debe idealmente describir para todos los riesgos identificados la manera en la cual impactan financieramente en el proyecto, su probabilidad y su impacto potencial (para lo cual en aquellos no clasificados como relevantes podrá bastar con una descripción cualitativa), su asignación contractual -precisando si es transferido, retenido o compartido, y los posibles mitigantes, sin perjuicio de otras descripciones.

Durante la gestión contractual el registro debe ser periódicamente actualizado, incorporando riesgos que se detecten a posteriori durante la vida del proyecto, y actualizando su valoración cualitativa cuando se tengan evidencias de una modificación en su probabilidad o de su relevancia y/o se pueda estimar más ajustadamente su impacto (en el caso de los que se han conformado como pasivos contingentes). Esto incluye naturalmente que el valor de un riesgo después de su acaecimiento se verá sustancialmente reducido o dejará de existir como riesgo, en algunos casos.

Esto debe realizarse no solo para los riesgos retenidos sino también para los transferidos, puesto que el gobierno siempre permanece expuesto a los mismos desde el punto de vista de su responsabilidad generar y rendición de cuentas, pero además financieramente existirá siempre un riesgo residual a pesar de haber transferido el riesgo (aquel relacionado con la posible obligación de compensar al partícipe privado en el caso de terminación anticipada).

Es importante reconocer además que habrá riesgos que no fueron definidos como relevantes en la estructuración, y sin embargo se convierten en relevantes durante la vida del contrato merced a que la realidad de este demuestra que su probabilidad y/o su impacto es sustancialmente mayor de lo esperado.

La entidad contratante debe reportar al Ministerio de Hacienda y Crédito Público (y / o entidad competente a nivel territorial) sobre la evolución de los riesgos cubiertos por el fondo de contingencias.

La Dirección General de Crédito Público del Ministerio de Hacienda y Crédito Público debe realizar un seguimiento periódico a la evolución de los riesgos cubiertos por el fondo de contingencias y determinar, si con base en las variaciones del estado del riesgo, surge la necesidad de incrementar o de disminuir los respectivos aportes⁵⁰. Para ello, las entidades contratantes deberán adoptar los criterios establecidos en las metodologías del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, y de la entidad competente a nivel territorial.

⁴⁹ Ver Guía CP3P capítulo 4.

⁵⁰ De acuerdo con el artículo 6 de la Ley 448 de 1998 y el artículo 2.4.1.2.4 del Decreto 1068 de 2015.

Si como resultado del seguimiento periódico de los riesgos, la Dirección General de Crédito Público del Ministerio de Hacienda y Crédito Público decide que hay lugar a la disminución de los aportes previstos en el plan de aportes, así se lo comunicará al administrador del fondo, indicando el monto y oportunidad en que deba efectuarse el correspondiente reembolso⁵¹.

Destacamos además que, los proyectos que son declarados de importancia estratégica por medio de documentos CONPES deben atender las pautas de avance y reporte según su Plan de Acción y Seguimiento – PAS (anexo al CONPES). En esa medida, las entidades deben consultar y atender lo dispuesto por dichos PAS.

A su vez, en el marco del seguimiento de obligaciones financieras y de materializarse un riesgo contemplado dentro del plan de aportes del Fondo de Contingencias –o su equivalente en el orden territorial–, se deberá aplicar lo siguiente:

- **Reconocimiento de la contingencia:** como requisito previo para los desembolsos causados por la ocurrencia de las obligaciones contingentes, la entidad contratante debe declarar mediante acto administrativo su ocurrencia, así como su monto⁵².
- **Desembolsos:** el administrador del fondo de contingencias efectuará el pago debido por la entidad contratante a la parte privada, por concepto de una obligación contingente, cuando sea requerido por la entidad, hasta por el monto de los aportes y los rendimientos de los recursos existentes en la subcuenta correspondiente al contrato y riesgo que dio origen a la obligación⁵³.

Lo anterior es sin perjuicio de que se trate de poder acudir a los demás mecanismos de compensación por riesgos previstos en el Contrato APP o en la legislación, incluyendo, pero sin limitarse a, prórrogas, incremento de tarifas, modificación de alcance del proyecto, utilización de excedentes del patrimonio autónomo, etc. En estos casos, cuando un riesgo retenido o compartido ha acaecido, y la compensación debida según contrato se realiza por medio de adiciones de plazo o revisión de los importes de los pagos/vigencias futuras, procederá actualizar y reportar el nuevo valor de los pasivos firmes fruto de dicha revisión.

2. Informes de seguimiento/monitoreo para la supervisión de los proyectos por otras entidades co-financiadoras

En algunos contratos APP se contará con el apoyo financiero de otras entidades lo cual generará obligaciones de reporte a las mismas.: estas pueden ser por ejemplo entidades multilaterales (Bancos Multilaterales de Desarrollo) o en el caso de entidades subnacionales / locales, el propio gobierno de la nación.

Dependiendo de las fuentes de financiación adoptadas por la entidad contratante al momento de la estructuración del proyecto APP, la entidad deberá cumplir con sus obligaciones de información pactadas en dichos contratos o convenios de cofinanciación.

En esa medida, pueden surgir obligaciones frente al reporte del desempeño del proyecto, para lo cual, la entidad debe estar lista para atender eventuales requerimientos de información, en caso de que así haya sido pactado.

⁵¹ De acuerdo con el artículo 2.4.1.1.14 del Decreto 1068 de 2015.

⁵² De acuerdo con el artículo 2.4.1.1.20 del Decreto 1068 de 2015.

⁵³ De acuerdo con el artículo 2.4.1.1.21 del Decreto 1068 de 2015.

A su vez, deberá revisarse caso a caso, la obligación de incluir dichas fuentes en sus instrumentos de planificación económica de manera oportuna y cierta, en cada periodo acordado.

Sin perjuicio de lo anterior debe tenerse en cuenta además que la entidad debe contar con la disponibilidad de los recursos de pago o aporte pactados en el Contrato APP. Esta cuestión se explica en el Área de Gestión 8: Gestión / administración Financiera.

3. Informes de seguimiento para evaluación de las APP aguas arriba (evaluaciones *expost*)

Las agencias centrales pueden querer elaborar informes de evaluación *expost* de proyectos para valorar el impacto de los proyectos o el buen desempeño general de los proyectos y programas con vistas a captura lecciones aprendidas.

En este sentido la entidad contratante debe prever esto y actuar diligentemente en cuanto al debido registro de la evolución de los proyectos y en todo caso estar lista para prestar atención a requerimientos de información que se le pueda hacer desde las agencias centrales en este sentido.

Se recomienda que las autoridades contratantes elaboren una ficha o memoria, al finalizar el período de construcción, y otra en fase avanzada de operaciones, donde se deje registro y memoria de posibles eventos y problemas acaecidos o experimentados durante los respectivos períodos. El **Cuadro 13. Contenidos de informes o memorias para evaluación ex - post** a continuación sugiere contenidos mínimos de estas fichas o memorias.

En todo caso se debe realizar una memoria más completa a la finalización de un contrato.

Cuadro 13. Contenidos de informes o memorias para evaluación ex - post

- Para período de construcción, si existió retraso en la entrada en servicio, su magnitud y a que fue debido.
- Descripción, aunque sea breve de los eventos que hayan acaecido que hayan conllevado compensaciones o negociación de los términos del contrato.
- Si existieron incumplimientos que ameritaron penalizaciones.
- Si existió algún otro evento controvertido que fuera sometido al proceso de resolución de disputas.
- Cualquier otro evento u hecho relevante que permita evaluar el desempeño del proyecto en esta fase.
- Específicamente en período de operaciones, si funcionaron adecuadamente los mecanismos de supervisión y monitoreo del desempeño del servicio.
- Cualesquiera otros aspectos que se considere conveniente informar a juicio del equipo de gestión.
- Conclusiones a modo de lecciones aprendidas, en relación con cuestiones a mejorar en la estructura del proyecto, su redacción, aspectos de preparación de proyecto entre otras posibles cuestiones.

4. Reportes a entidades reguladoras y otras entidades competentes

En el ordenamiento jurídico colombiano existen condiciones y reglas específicas relacionadas con las obligaciones de cada sector que deben ser tenidas en cuenta al momento de la estructuración del contrato y en general, por la parte privada durante el desarrollo del proyecto.

Dichas reglas incluyen, entre otras:

- Reportes de información subjetiva⁵⁴ de la compañía a la Superintendencia de Sociedades (salvo que la vigilancia y control integral esté a cargo de un ente diferente).
- Reportes de información objetiva⁵⁵ de la compañía a Superintendencia de Transporte o entidad local de transporte (sector de transporte) o al ente de vigilancia y control sectorial que aplique.
- Reportes de información objetiva de la compañía a Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios (sector de acueducto).
- Reportes a autoridad ambiental – Informe de Cumplimiento Ambiental (conforme a las exigencias particulares de cada licencia o permiso).
- Reporte de información en registro nacional de bases de datos personales administrativo por la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC).
- Reporte de información en el registro de beneficiarios reales administrado por la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN).

En esa medida, les corresponde a las entidades contratantes hacer el respectivo seguimiento al cumplimiento de estas obligaciones, lo cual debe estar a su vez plasmado en el Contrato APP.

Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que, en el marco de la ejecución, la entidad contratante deberá atender los eventuales requerimientos que realicen los órganos de control (cuando sea aplicable). En estos eventos, la entidad debe determinar si es necesario requerirle información a la parte privada, para hacer esta solicitud en tiempo, identificando explícitamente los insumos que debe recibir y cumplir así el término definido por dichos órganos de control.

⁵⁴ De acuerdo con la circular conjunta No. 23 de 2019 suscrita entre la Superintendencia de Sociedades y la Superintendencia de Transporte corresponde a información relacionada con la constitución, desarrollo y funcionamiento de la sociedad vigilada, lo cual comprende, entre otras, información relacionada con aspectos administrativos, contables, societarios y financieros.

⁵⁵ En los términos de la circular conjunta No. 23 de 2019 suscrita entre la Superintendencia de Sociedades y la Superintendencia de Transporte se refiere a la información técnica y operativa de la prestación del servicio y/o actividad desarrollada por el vigilado, objeto de supervisión.

Área de gestión 4. Planificación de contingencias y gestión de eventos críticos.

Parte B. Áreas de gestión general durante la vida del contrato

Área de gestión 1. Gestión de relaciones

Área de gestión 2. Gestión del cambio

Área de gestión 3. Seguimiento, control y gestión de riesgos y compromisos fiscales. Otras obligaciones de información internas aguas arriba.

Área de gestión 4. Planificación de contingencias y gestión de eventos críticos.

Área de gestión 5. Gestión del conocimiento e información y planeación de la sucesión.

Área de gestión 6. Resolución de conflictos.

Área de gestión 7. Gestión del desempeño.

Área de gestión 8. Gestión y administración financiera.

Objetivos

Hemos visto que, en una APP, la mayoría de los riesgos que afectan al proyecto se transfieren a la parte privada. Por lo tanto, la parte privada generalmente asumirá las consecuencias financieras de eventos inesperados que afecten al proyecto.

Sin embargo, la entidad contratante sigue expuesta aún en esos casos a los riesgos residuales, no sólo de carácter financiero, sino de índole reputacional y de responsabilidad de garantía de servicio:

- La entidad contratante retiene la responsabilidad final ante los usuarios y la comunidad por el riesgo de falla de la entrega del servicio por parte de la parte privada.
- Si la parte privada no entrega los servicios según lo requerido en el contrato, la parte gubernamental puede enfrentar un daño significativo a la reputación, y la falla puede incomodar a los usuarios y posiblemente a otros terceros.
- Si un evento inesperado se clasifica como una fuerza mayor según el Contrato APP, esto puede eximir a la parte privada de su obligación de proporcionar servicios, pero la parte gubernamental puede verse obligada o sujeta a una fuerte presión para garantizar que el público u otros terceros operen sin inconvenientes (además de que dichos eventos u otros eventos sobrevenidos incluso si son riesgos transferidos pueden conllevar en el extremo la quiebra o insolvencia de la empresa del proyecto con la consiguiente terminación anticipada y riesgo para la continuidad del servicio).
- A pesar de contar con herramientas para incentivar el buen desempeño, incluyendo la amenaza de terminación anticipada por incumplimiento, el grado de incumplimiento del privado puede conllevar la necesidad de sustituir al partícipe privado o terminar anticipadamente el contrato, y dichos escenarios deben ser cuidadosamente planeados para proteger la continuidad del servicio.

Ya hemos visto que la entidad contratante debe contar con un sistema de monitoreo de todos los riesgos relevantes (sean o no retenidos), para controlar el posible impacto financiero de los mismos, pero en lo concerniente a la continuidad del servicio debe además de desarrollar planes de contingencia para mitigar el riesgo / impacto en los usuarios y otras partes afectadas.

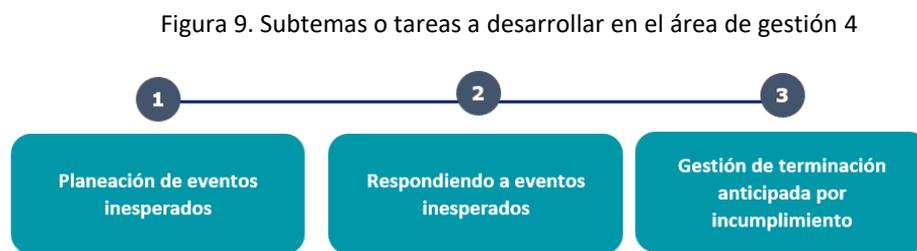
Los objetivos de la planificación de contingencia y la gestión de eventos críticos son:

- Establecer planes apropiados para que la entidad contratante esté preparada para responder a cualquier evento inesperado que ocurra durante la vida del Contrato APP.

- Responder de manera efectiva y mitigar los riesgos para la entidad contratante y los usuarios cuando se producen eventos críticos (preservar la continuidad del servicio).
- Establecer planes apropiados para que la entidad contratante esté preparada para responder a cualquier evento inesperado que ocurra durante la vida del Contrato APP que pueda afectar la continuidad del servicio.
- Responder de manera efectiva y mitigar los riesgos para la entidad contratante y los usuarios cuando se producen eventos críticos.

Subtemas o tareas a desarrollar

La Figura 9. Subtemas o tareas a desarrollar en el área de gestión 4, proporciona un resumen de las tareas incluidas en esta etapa, las cuáles serán descritas en detalle a continuación:



1. *Planear con anticipación la toma de posesión/intervención del proyecto, la gestión de eximentes de responsabilidad, situaciones de incumplimiento grave y procesos de terminación anticipada por incumplimiento o por eventos eximentes de responsabilidad.*

El Contrato APP incluirá procesos específicos para gestionar algunos eventos inesperados. Estos procesos típicamente incluyen:

- Procesos de “*step-in*” o intervención, que permiten a la entidad contratante asumir algunas de las responsabilidades de la parte privada en virtud del Contrato APP. El derecho de intervención conlleva responsabilidad y capacidad técnica por lo cual la entidad contratante debe estar preparada para intervenir, lo que requiere un nivel específico de capacidad y experiencia.
- La entidad contratante puede llevar a cabo una intervención cuando es necesaria una acción urgente para evitar una amenaza seria a un interés público esencial o para cumplir con un deber estatutario. Esta intervención suele ser de corto plazo y ocurre especialmente en proyectos donde las entidades públicas proporcionan servicios fundamentales, como hospitales o escuelas.
- Procesos relativos a incumplimiento, que permiten que la entidad contratante requiera la acción correctiva de la parte privada en ciertas circunstancias, en las que la parte privada no ha cumplido con sus obligaciones según el contrato.
- Procesos de terminación, lo que permite que una parte ponga fin al contrato antes de su vencimiento planificado en ciertas circunstancias.

- Ciertos eventos eximentes de responsabilidad, según los cuales la parte privada puede ser eximida de cumplir con las obligaciones si resulta imposible cumplir con esas obligaciones debido a ciertos eventos fuera del control de las partes y hasta conllevar terminación anticipada.

La entidad contratante debe desarrollar un plan de contingencia para apoyar a la gestión de estos procesos en caso de que sea necesario.

La entidad contratante no puede identificar y planificar en detalle para cada situación posible que pueda surgir. Por lo tanto, su plan de contingencia debe centrarse en los requisitos clave y las acciones necesarias para responder a una amplia gama de eventos diferentes.

La entidad contratante debe tener en cuenta que el plan se activará con poca antelación en circunstancias en las que el equipo de gestión del contrato pueda estar bajo una presión significativa. En consecuencia, el plan debe ser corto, claro, fácilmente comprensible y disponible.

2. *Respondiendo a eventos inesperados*

Si un evento inesperado significativo desencadena la aplicación de un plan de contingencia, puede ser necesario que el equipo de gestión del contrato tome medidas sin tener la oportunidad de considerar completamente los problemas identificados en el plan de contingencia. Por ejemplo, si ocurre un evento que amenaza la salud y la seguridad del público, la entidad contratante puede necesitar tomar medidas para eliminar esa amenaza (posiblemente en conjunto con la parte privada), sin tener la oportunidad de considerar completamente las implicaciones de esta acción bajo lo estipulado en el Contrato APP.

Una vez que se haya satisfecho la necesidad inmediata de acción, el equipo de gestión del contrato debe revisar sin demora el plan de contingencia para identificar las acciones que deben tomarse. Las acciones identificadas deben documentarse en un plan de respuesta.

La entidad contratante puede necesitar contratar asesores a corto plazo para ayudarlo a identificar las acciones a tomar.

3. *Gestión de terminación anticipada por incumplimiento*

Existen ciertos eventos de incumplimiento grave y reiterado de la parte privada en los cuales puede ser necesario dar por terminado el contrato previa declaración de caducidad del mismo, de manera anticipada al plazo de ejecución previsto inicialmente por las partes, con el fin de garantizar la prestación del servicio público.

En términos generales en caso de llegar a un proceso de gestión de terminación anticipada el **manejo y recopilación de información y comunicaciones eficaz** es de vital importancia para que se respalden las **decisiones tomadas y facilitar** procesos legales de ser estos necesarios. Para evitar interrupciones en la prestación de servicios o minimizar su impacto se debe gestionar eficazmente la obtención de información clave del socio privado saliente.

En esa sección encontrarán una serie de recomendaciones a tener en cuenta en dichos eventos:

- Caducidad como facultad excepcional al derecho común

El artículo 18 de la Ley 80 de 1993 prevé la facultad de caducar y terminar anticipadamente el contrato, en caso de que se presente incumplimientos que puedan afectar de manera grave y

directa la continuidad en la prestación del servicio⁵⁶. Este poder es excepcional y debe ser ejercido mediante acto administrativo debidamente motivado; en algunos casos los contratos (lo que se considera buena práctica) listan eventos específicos que, se considera, afectan la continuidad de la prestación del servicio, mientras que en otros casos deberá la entidad revisar si la situación concreta en efecto se ajusta a lo exigido por la norma de manera general.

Este mismo artículo dispone que la entidad contratante tiene la facultad de tomar posesión de la obra y continuar inmediatamente la ejecución del objeto contratado bien sea, a través del garante o de otro contratista).

- Asunción del Contrato APP o toma de posesión

Por su parte, el artículo 30 de la Ley 1508 de 2012 prevé que, en caso de incumplimiento del contratista que pueda conllevar terminación anticipada por parte de la entidad contratante, los financiadores podrán optar por continuar con la ejecución del contrato hasta la resolución del problema o el remedio pleno de la situación de incumplimiento directamente o a través de terceros.

El Contrato APP debe regular este proceso (o de lo contrario se debe haber desarrollado en el Manual de gestión, en el entendido de que según la norma que impere al contrato lo contemple o no lo impida), estableciendo procedimientos que incluyan definiciones de eventos que activan los derechos de intervención, roles y responsabilidades, autorizaciones internas, consentimientos de terceros, obligaciones y responsabilidades, recursos necesarios, comunicaciones requeridas, y procedimientos para “*step out*”⁵⁷.

En esos casos, las entidades contratantes deben tener en cuenta las siguientes recomendaciones:

- a) Mantener un diálogo flexible y buscar soluciones negociadas con la parte privada actual que permitan evitar la terminación del contrato si es posible y continuar su ejecución.
- b) Las entidades contratantes deben tener en cuenta que, para declarar el incumplimiento deben surtir el procedimiento administrativo previsto en la Ley 1474 de 2011, garantizando el derecho de la defensa y contradicción de la parte privada.
- c) Culminado dicho proceso con la declaratoria de caducidad, las entidades deben atender los procedimientos establecidos en el contrato para darlo por terminado de manera anticipada aplicando las fórmulas de terminación anticipada previstas en el contrato, y garantizando el ejercicio del derecho de los garantes y financiadores a continuar su ejecución.
- d) Debe destacarse que, conforme al artículo 32 de la Ley 1508 de 2012, los contratos APP deben incluir una cláusula en la cual se establezca la fórmula matemática para determinar las eventuales prestaciones recíprocas entre las partes a las que haya lugar para efectos de terminarlos anticipadamente por mutuo acuerdo o en forma unilateral. En caso de no existir

⁵⁶ Esta facultad es diferente a la prevista en el artículo 17 de la Ley 80 de 1993 conforme a la cual procede la terminación unilateral del contrato bajo escenarios estrictamente establecidos, asociados a la exigencia del servicio público o a situaciones de orden público, entre otras razones, más no bajo supuestos de incumplimiento del contratista / parte privada.

⁵⁷Se refiere al proceso por el cual las partes acuerdan modificar algunos de los términos del contrato de APP existente.

dicha cláusula o en caso de desacuerdo entre las partes relacionado con la fórmula de terminación, las partes pueden activar el mecanismo de solución de controversias para tal fin.

- e) Mantener la trazabilidad de la información y comunicaciones con la parte privada y la interventoría es de vital importancia para que se respalden las decisiones tomadas y facilitar procesos legales de ser estos necesarios. Para evitar interrupciones en la prestación de servicios o minimizar su impacto se debe gestionar eficazmente la obtención de información clave del socio privado saliente.
- f) Se recomienda que la entidad contratante revise la necesidad de contar con el apoyo de expertos legales y financieros para asegurar un proceso adecuado y eficiente, acorde a lo previsto en el Contrato APP y la ley.
- g) La entidad contratante debe realizar la planificación y gestión de la transición y desarrollar un plan detallado para la transición del proyecto a una nueva administración que permita garantizar la continuidad del servicio o la infraestructura durante la transición de acuerdo con los planes de contingencia establecidos e implementar medidas para minimizar los impactos negativos de la terminación anticipada.
- h) La entidad debe notificar con antelación a los prestamistas o financiadores, el inicio de la declaratoria de incumplimiento, así como la solicitud para que estos puedan decidir si ejercen o no su derecho a la toma de posesión del proyecto. Si el Contrato APP no incluye esta regulación, las entidades contratantes pueden dialogar de buena fe con la parte privada y los financiadores, la manera en la que se deberá realizar la toma de posesión, garantizando la debida prestación del servicio y la menor afectación a los usuarios.

Área de gestión 5. Gestión del Conocimiento e Información; Planeación de la sucesión

Parte B. Áreas de gestión general durante la vida del contrato

Área de gestión 1. Gestión de relaciones

Área de gestión 2. Gestión del cambio

Área de gestión 3. Seguimiento, control y gestión de riesgos y compromisos fiscales. Otras obligaciones de información internas aguas arriba.

Área de gestión 4. Planificación de contingencias y gestión de eventos críticos.

Área de gestión 5. Gestión del conocimiento e información y planeación de la sucesión.

Área de gestión 6. Resolución de conflictos.

Área de gestión 7. Gestión del desempeño.

Área de gestión 8. Gestión y administración financiera.

Objetivos

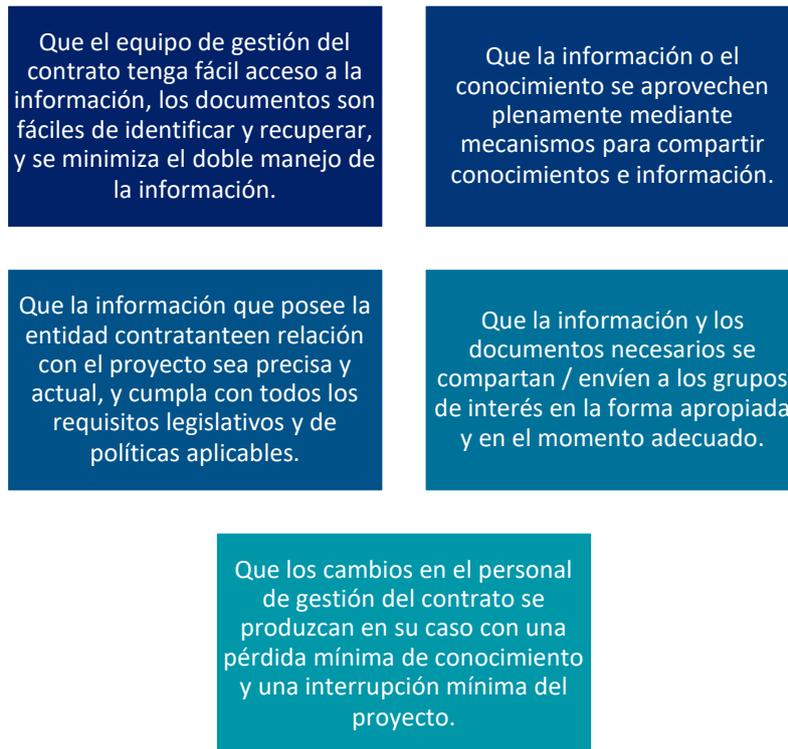
Durante la vigencia de un Contrato APP, el equipo de gestión del contrato de la entidad contratante adquirirá una gran cantidad de conocimiento y se producirán muchos documentos. Para obtener los mejores resultados posibles del proyecto, este conocimiento y estos documentos deben ser custodiados, mantenidos y permanecer accesibles.

Los objetivos de la gestión del conocimiento y la información, y la planificación de la sucesión son:

- Asegurarse de que la información que posee la entidad contratante en relación con el proyecto esté actualizada y sea precisa, y que se pueda recuperar fácilmente cuando sea necesario.
- Asegurarse de que los cambios en los miembros del equipo de gestión del contrato no den lugar a una pérdida de conocimiento del proyecto.
- Adicionalmente:
 - es necesario asegurar que el equipo de gestión de contratos o los recursos de una unidad de gestión de contratos tienen las capacidades adecuadas, para lo que se requiere de planes de formación adecuados.
 - conviene gestionar proactivamente el talento.

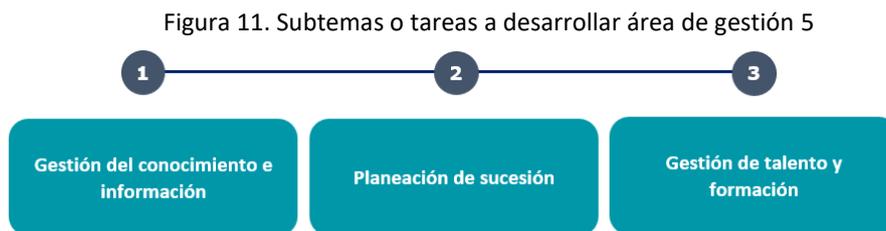
Igualmente, la entidad contratante deberá considerar las siguientes necesidades:

Figura 10. Necesidades a tener en cuenta en la Gestión del Conocimiento e Información



Subtemas o tareas a desarrollar

La Figura 11. Subtemas o tareas a desarrollar área de gestión 5, proporciona un resumen de los temas o tareas incluidas en esta área de gestión, los cuáles serán descritos en detalle a continuación:



1. *Gestión del conocimiento e información.*

Para gestionar eficazmente el conocimiento y la información, la entidad contratante debe establecer:

1. Herramientas y procesos adecuados.

Las herramientas que requiere la entidad contratante para administrar el conocimiento y la administración de la información generalmente incluirán las siguientes herramientas (que se han expuesto con mayor detalle en la sección 3. Manual de Gestión de Contratos y otras herramientas de gestión de la parte A):

- Un sistema de gestión de documentos electrónicos para almacenar la documentación electrónica relacionada con el proyecto.
- Un sistema de archivo para copias impresas.
- Un sistema específico para registrar y analizar los datos relacionados con el desempeño del socio privado, y para producir informes según sea necesario para la alta gerencia.
- Un sistema de gestión de flujo de trabajo que registra las tareas de las que el equipo de gestión del contrato es responsable de gestionar el contrato y automatiza los procesos clave, como la recepción y aprobación de informes de la parte privada.

La entidad contratante también debe desarrollar políticas y procedimientos para el uso de estas herramientas que reflejen las pautas necesarias para la gestión de la información y las comunicaciones. Si la entidad contratante tiene políticas y procedimientos existentes relacionados con la gestión de la información, los registros y los documentos, estos deben utilizarse como punto de partida para desarrollar procesos de información de gestión del contrato coherentes. Las políticas y los procedimientos deben incluirse o referirse en el Manual de Gestión del Contrato (*consulte la sección 3 en la Parte A de esta Guía, 3, Manual de Gestión de Contratos y otras herramientas de gestión*).

2. Conciencia y cultura apropiada.

El equipo de gestión del contrato de la entidad contratante debe tener una cultura de adhesión a los procesos, herramientas y sistemas. El equipo de gestión debe conocer y valorar los procesos y herramientas para la gestión de la información y las comunicaciones para garantizar la transferencia y continuidad de las labores de gestión. De lo contrario, los mecanismos diseñados para gestionar el conocimiento y la información tendrán un éxito limitado.

2. *Planeación de sucesión*

Dado el largo plazo de los Contratos APP, es probable que los miembros del equipo de gestión del contrato de la entidad contratante cambien varias veces a lo largo del ciclo de vida del proyecto. Los nuevos miembros del equipo tomarán un tiempo considerable para familiarizarse lo suficiente con un proyecto para ser efectivos en sus roles.

La entidad contratante debe establecer un plan de sucesión para el personal clave para gestionar los cambios de personal de manera eficiente. Por ejemplo, debería:

- Identificar quién es capaz de “rellenar el vacío” en el desempeño de roles clave en el equipo de gestión del contrato, si un miembro clave del equipo actual no está disponible.
- Tratar de limitar salidas concurrentes del equipo.
- Asegúrese de que el equipo retenido tenga una buena combinación de miembros nuevos y antiguos.
- Asegúrese de que su Manual de gestión del contrato y sus sistemas de gestión de conocimiento e información apoyen la planificación de la sucesión, al permitir que los nuevos miembros del equipo adquieran prontamente el nivel de competencia deseada.
- Disponga de una guía de incorporación para los recién llegados al equipo.

- Disponga de un plan que garantice la transferencia efectiva de conocimientos y responsabilidades cuando un miembro se retire.

El plan de sucesión debe ser lo suficientemente flexible como para permitir:

- La posibilidad de que los miembros del equipo de gestión del contrato decidan abandonar sus puestos prematuramente o ausentarse por períodos de tiempo significativos.
- La necesidad de que el personal entrante haya completado el entrenamiento apropiado.
- La posible necesidad de reemplazar personal inadecuado.
- La probabilidad de que los roles y las cargas de trabajo cambien durante el plazo del Contrato APP.

3. *Gestión de talento y formación*

A fin de garantizar la mejor capacidad de los equipos de gestión, se debe considerar el prever y desarrollar planes de formación que podrían incluir:

- Cursos y formación continua de los miembros del equipo en áreas de conocimiento generales como gestión de riesgos, gestión de proyectos, APPs y gestión de contratos, cuando sea necesario.
- Cursos internos en relación con los métodos y procedimientos de gestión de contratos APP en especial para las nuevas incorporaciones a los equipos.

Igualmente es deseable aplicar métodos de gestión de recursos humanos y talento propios de empresas privadas como, por ejemplo, en los casos de entidades que cuentan con unidades especializadas en APP, considerar el sentido de otorgar cierta movilidad entre distintos sectores y/o entre distintos proyectos, así como movilidad entre distintas especialidades que puedan ser complementarias.

Área de gestión 6. Resolución de conflictos

Parte B. Áreas de gestión general durante la vida del contrato
Área de gestión 1. Gestión de relaciones
Área de gestión 2. Gestión del cambio
Área de gestión 3. Seguimiento, control y gestión de riesgos y compromisos fiscales. Otras obligaciones de información internas aguas arriba.
Área de gestión 4. Planificación de contingencias y gestión de eventos críticos.
Área de gestión 5. Gestión del conocimiento e información y planeación de la sucesión.
Área de gestión 6. Resolución de conflictos.
Área de gestión 7. Gestión del desempeño.
Área de gestión 8. Gestión y administración financiera.

Objetivos

Las APP son proyectos grandes y complejos, en los cuales pueden surgir diferencias entre las partes y que se conviertan en disputas.

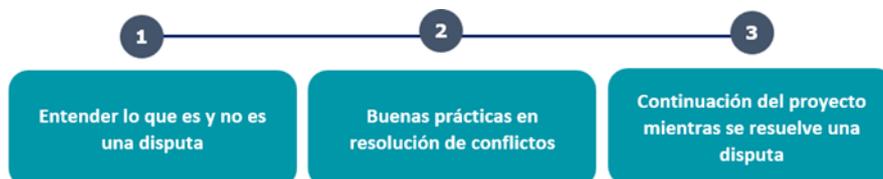
Los objetivos de la resolución de conflictos o disputas son:

- Identificar disputas genuinas y no asumir que existe una disputa cada vez que surge un teórico problema.
- Resolver disputas de manera eficiente y efectiva utilizando un proceso de resolución de disputas apropiado.
- Permitir que el proyecto continúe su curso de funcionamiento mientras se resuelven las disputas.

Subtemas o tareas a desarrollar

La Figura 12. Subtemas o tareas a desarrollar área de gestión 6, proporciona un resumen de los temas o tareas incluidos en esta área de gestión, los cuáles serán descritos en detalle a continuación:

Figura 12. Subtemas o tareas a desarrollar área de gestión 6



1. Entender lo que es y no es una disputa.

Es probable que surjan una serie de problemas durante la vigencia de un Contrato APP. Algunos problemas pueden afectar significativamente a una o ambas partes. Por ejemplo, la parte privada puede demorarse significativamente en la finalización de la construcción, la autoridad puede fallar en poner los terrenos a disposición cuando estaba previsto, o el diseño de la infraestructura puede resultar ineficiente para los usuarios. Estos problemas pueden causar tensión entre la entidad contratante la parte privada.

La entidad contratante y las partes privadas que no están familiarizadas con la perspectiva de la relación a largo plazo en las APP pueden suponer a veces que cualquier problema importante entre las partes es, por su naturaleza, una disputa. Esto puede llevar a una mentalidad adversa en la que las partes ya no se centran en los resultados a largo plazo que son beneficiosos para ambas partes. Esto se traduce en menor valor por dinero.

Una disputa solo existe cuando existe una diferencia de opinión o posición entre las partes en cuanto a lo que una de las partes está obligada a hacer o tiene derecho a hacer en virtud del contrato. Esto puede tener la forma de una disputa sobre una cuestión de derecho o de ley (por ejemplo, ¿cuál es el significado legal de una cláusula del contrato?) o tener la naturaleza de una disputa sobre una cuestión de hecho (por ejemplo, ¿qué ha ocurrido o quién ha sido el causante de un evento en particular?, y ¿cuáles son las consecuencias en virtud del contrato?). **La mayoría de los problemas que surgen en una APP no implican, de hecho, ninguna disputa y deben gestionarse en el marco del Contrato APP.** Por ejemplo:

- Si la parte privada se demora significativamente en completar la construcción, hay procesos para tratar esto en el Contrato APP (*vea la Parte B Área 1la etapa preoperativa de esta Guía*). No existe necesariamente ninguna disputa, aunque puede surgir una disputa si las partes tienen opiniones diferentes en cuanto a la causa del retraso y las diferentes causas tienen diferentes consecuencias en el contrato.
- Si la entidad contratante no pone a disposición el terreno cuando es necesario, esto también debe tratarse a través de procesos dentro del Contrato APP. El contrato puede requerir que la entidad contratante compense a la parte privada. Nuevamente, no existe necesariamente ninguna disputa en esencia, aunque puede surgir una disputa si las partes tienen opiniones diferentes en cuanto al monto de la compensación a pagar en virtud del contrato.
- Si el diseño de la infraestructura resulta ser ineficiente para los usuarios, la entidad contratante debe determinar si esto se debe a que la parte privada no ha cumplido con la especificación de resultados, o porque la parte privada ha cumplido con la especificación de servicio, pero esa especificación no proporciona un buen resultado de diseño para los usuarios. En el primer caso, la entidad contratante debe utilizar los mecanismos contractuales para exigir que la parte privada cumpla con la especificación de resultados. En el segundo caso, la entidad contratante ha recibido lo que solicitó en el contrato, pero debe considerar si una modificación está justificada para ofrecer un mejor resultado para los usuarios.

En cada caso, el problema puede causar naturalmente tensión entre las partes, pero estas no están necesariamente en disputa y deben continuar trabajando cooperativamente en el marco del Contrato APP. En la mayoría de los casos, no habrá disputa, a pesar de que el problema puede ser difícil de resolver para las partes.

Las autoridades de contratación deben, por lo tanto, analizar los problemas que surgen durante la vigencia de un Contrato APP e identificar si dichos problemas se pueden gestionar dentro del marco contractual. La entidad contratante no debe asumir que existe una disputa hasta que haya establecido que existe una diferencia de opinión o posición con respecto a una cuestión de derecho o, de hecho.

2. Buenas prácticas en resolución de conflictos.

En una APP bien planificada y administrada, las disputas entre las partes deben ser poco frecuentes. La gestión eficaz de las relaciones (*vea el Área de Gestión 1. Gestión de relaciones. de esta Parte B de la Guía*) y el monitoreo y la respuesta cuidadosas a los incumplimientos de la parte privada (*vea las Áreas 1 y 2 de*

la última sección de esta guía. son procesos clave para abordar los problemas antes de que se conviertan en controversias.

Si surgiera alguna disputa, la entidad contratante debería:

- Manejar la disputa lo antes posible y en el nivel adecuado dentro de la entidad contratante, para que la disputa se pueda resolver de manera rápida y efectiva.
- Establecer un diálogo con la parte privada para compartir perspectivas sobre el tema y determinar si realmente existe alguna diferencia de opinión o posición entre las partes que solo se pueda resolver mediante el proceso de resolución de disputas.
 - En muchos casos, una investigación detallada de un problema y el intercambio de información entre las partes puede resolver sus diferencias e identificar una resolución apropiada.
 - Algunos contratos APP en Colombia (lo que se considera buena praxis en diseño de contratos), prevén una fase de arreglo directo en la que las partes, en virtud del principio de buena fe, pueden dialogar directamente (sin intervención de un tercero), en el cual comparten perspectivas sobre asuntos específicos y revisan la necesidad de acudir a los mecanismos de solución previstos en el contrato o si, pueden llegar a un acuerdo previo y cerrar la diferencia, sin necesidad de activar a dichos mecanismos.
- Si de hecho existe una disputa, tratarla de inmediato a través de un proceso apropiado dentro de los procesos de resolución de disputas, de conformidad con lo previsto en el contrato.

Las partes no deben permitir que las disputas se alarguen innecesariamente sin resolución, ya que esto dañará aún más la relación.

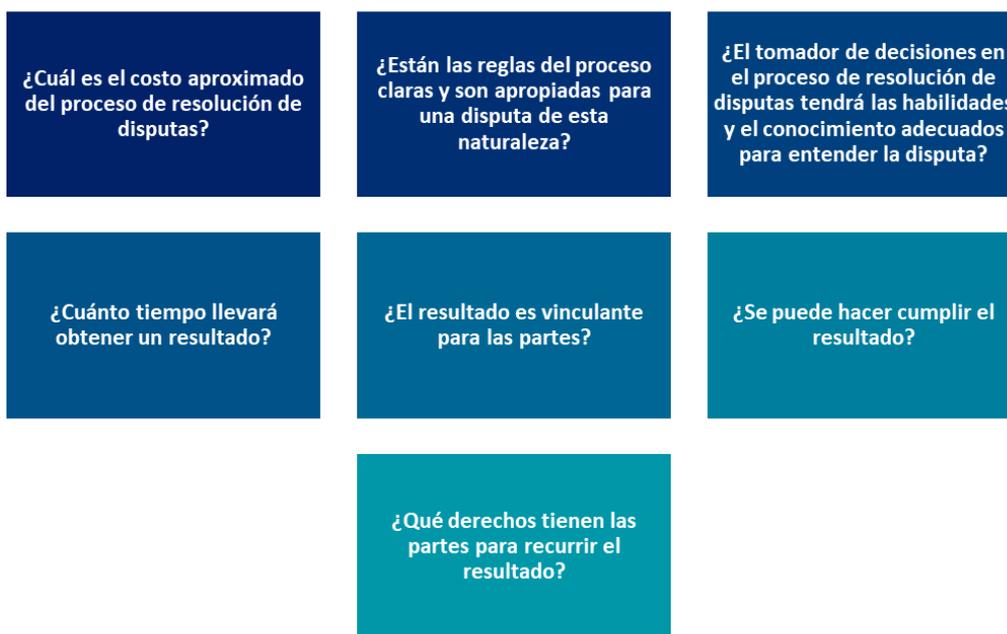
Existe una variedad de procesos de resolución de disputas, que van desde la negociación directa entre las partes, a través de mecanismos alternativos de resolución de disputas como la mediación, la amigable composición, hasta procesos jurisdiccionales como el arbitraje nacional e internacional y el litigio en sede contencioso – administrativa. Los Contratos APP generalmente especifican cuál de estos procesos se utilizará para resolver disputas entre las partes y cuál es el procedimiento que las partes deben acotar para activar dichos mecanismos.

Pautas para definir la estrategia de gestión de una disputa.

Si la parte privada inicia el proceso de resolución de disputas, o la entidad contratante está considerando hacerlo, esta debe evaluar los costos, riesgos y beneficios potenciales del proceso, y desarrollar una estrategia de gestión de la disputa, considerando siempre la opción de llegar a un acuerdo compensatorio con la parte privada sin proceder con el proceso formal de resolución de disputas.

Al desarrollar su estrategia de manejo de la disputa, la entidad contratante deberá considerar y responder las siguientes preguntas:

Figura 13. Preguntas básicas para el Desarrollo de la estrategia de manejo de una disputa



- **¿Cuál es el costo aproximado del proceso de resolución de disputas?**

La entidad contratante debe considerar tanto los costos a pagar al tomador de la decisión (por ejemplo, los honorarios de los tribunales en el caso de los litigios, los honorarios del árbitro en el caso del arbitraje), como los costos aproximados de la entidad contratante por asesoramiento legal, asesoramiento técnico y tiempo de gestión en relación con la disputa.

La entidad contratante debe asegurarse de tener un presupuesto suficiente para manejar la disputa y debe sopesar los costos y beneficios de proceder con la disputa en comparación con otras opciones, como llegar a un acuerdo compensatorio con la parte privada (mediante “discusión amigable”) sin proceder con un proceso formal de resolución de disputas. (Tal compensación puede equivaler a una modificación del contrato; consulte el **Área de gestión 2 Gestión del Cambio**, en esta sección de la Guía para obtener más información sobre las modificaciones del contrato).

- **¿Están las reglas del proceso claras y son apropiadas para una disputa de esta naturaleza?**

La entidad contratante debe tener un entendimiento claro del proceso por el cual el mecanismo de resolución de disputas llegará a una conclusión. El proceso debe evitar dejar espacio a tácticas dilatorias y otros comportamientos mediante los cuales una parte puede buscar una ventaja injusta.

- **¿El tomador de decisiones en el proceso de resolución de disputas tendrá las habilidades y el conocimiento adecuados para entender la disputa?**

A menudo, las disputas son decididas por personas con capacitación legal: jueces en el caso de litigios, abogados con experiencia en el caso de muchos arbitrajes. Si una disputa se relaciona con una cuestión de derecho, como la interpretación legal correcta de una cláusula en el Contrato

APP, es probable que una persona con capacitación legal esté bien preparada para resolver la disputa. Sin embargo, si la disputa se refiere a una cuestión técnica de hecho, como si la condición de una carretera cumple con la especificación de resultados, un tomador de decisiones capacitado legalmente puede no entender las complejidades del problema y (incluso después de escuchar de testigos expertos) puede tener dificultades para alcanzar una decisión apropiada.

En algunos proyectos, se crea una comisión de resolución de disputas o un panel de expertos al inicio del contrato. Los miembros del panel deben ser actualizados regularmente en relación con el progreso del proyecto. Como resultado, este organismo desarrolla una sólida comprensión del proyecto y generalmente está disponible a corto plazo para resolver rápidamente las disputas.

- **¿Cuánto tiempo llevará obtener un resultado?**

Diferentes mecanismos de resolución de disputas tomarán diferentes períodos de tiempo para producir un resultado. En general, es el caso que cuanto más tiempo lleve alcanzar un resultado de una disputa, mayor será el daño a la relación y mayor será el impacto negativo en los resultados del proyecto.

- **¿El resultado es vinculante para las partes?**

Muchos mecanismos de resolución de disputas, como litigios y arbitrajes, son vinculantes para las partes. Esto significa que el resultado de la disputa determina los derechos y obligaciones legales de las partes. Otros mecanismos de resolución de conflictos no son vinculantes. Por ejemplo, las conclusiones de una comisión de resolución de disputas generalmente no son vinculantes. Esto significa que las partes no tienen la obligación de cumplir con esas conclusiones.

La estrategia de gestión de conflictos de la entidad contratante debe tener en cuenta si el resultado es vinculante y, de no ser así, planificar la posibilidad de que el proceso de resolución de conflictos inicial no resuelva la disputa, a menos que ocurra un paso más (como un litigio o arbitraje).

- **¿Se puede hacer cumplir el resultado?**

Incluso si el resultado de un mecanismo de resolución de disputas es vinculante, queda la duda sobre si el resultado del proceso puede hacerse cumplir de manera efectiva. Por ejemplo, si el resultado de la resolución de la disputa es que la parte privada debe pagar a la entidad contratante una suma de dinero, ¿existe un proceso de ejecución a través del cual la entidad contratante puede obtener ese pago incluso si la parte privada se niega a pagar?

- **¿Qué derechos tienen las partes para recurrir el resultado?**

En algunos procesos de resolución de disputas, las partes tienen derechos limitados de apelar la decisión, incluso si piensan que la decisión es incorrecta o injusta.

En algunos casos, la entidad contratante ya sea sola o juntamente con la parte privada, puede seleccionar el mecanismo de resolución de disputas de una o más opciones. La mejor opción para elegir dependerá de la naturaleza de la disputa. Los asuntos descritos anteriormente deben considerarse al elegir el mecanismo de resolución de disputas.

Si el contrato no proporciona un mecanismo de resolución de disputas, las partes pueden acordar un mecanismo ad hoc, sin embargo, este podría no ser el caso si las partes consideran que los diferentes mecanismos de resolución de disputas son más favorables para ellas.

3. *Continuación del proyecto mientras se resuelve una disputa.*

El hecho de que exista una disputa no significa que las partes estén liberadas del contrato y no deban continuar con el proyecto según lo planeado. Las partes deben continuar cumpliendo con sus obligaciones contractuales durante el proceso de resolución de disputas, sin perjuicio de que sean compensadas posteriormente, dependiendo de la decisión final sobre la disputa.

En la medida de lo posible, la entidad contratante debe aislar la gestión de la disputa de otras actividades de gestión del contrato. La entidad contratante debe considerar:

- Asegurar que cualquier reunión y otra interacción con la parte privada en relación con la disputa sean distintas de las reuniones normales de gestión del contrato y otras interacciones entre las partes.
- Designar a un nuevo miembro con las habilidades adecuadas para que el equipo de gestión del contrato sea responsable de manejar la disputa, permitiendo que los miembros existentes del equipo de gestión del contrato continúen con sus funciones normales.
- En caso de que las acciones de un miembro del equipo de gestión de contratos individuales sean un factor importante en la disputa, y su participación continua en el proyecto puede ser un motivo de conflicto adicional, reasigne a ese miembro del equipo a otro rol en el que no interactúen con la parte privada.

Área de Gestión 7. Gestión de Desempeño.

Parte B. Áreas de gestión general durante la vida del contrato
Área de gestión 1. Gestión de relaciones
Área de gestión 2. Gestión del cambio
Área de gestión 3. Seguimiento, control y gestión de riesgos y compromisos fiscales. Otras obligaciones de información internas aguas arriba.
Área de gestión 4. Planificación de contingencias y gestión de eventos críticos.
Área de gestión 5. Gestión del conocimiento e información y planeación de la sucesión.
Área de gestión 6. Resolución de conflictos.
Área de gestión 7. Gestión del desempeño.
Área de gestión 8. Gestión y administración financiera.

La gestión del desempeño, partiendo de la supervisión, no debe limitarse o focalizarse en la identificación de incumplimientos, sino que debe tener como objetivo tratar de garantizar el mejor nivel de calidad en la provisión del servicio, no necesariamente con carácter inmediato sino en un horizonte temporal que abarca toda la vida remanente del contrato. Se trata de actuar para tratar de evitar o tratar de garantizar la ausencia de posibles incumplimientos futuros, en lugar de simplemente reaccionar ante problemas una vez que han surgido.

Por ejemplo:

Velando por que el agente privado dota las reservas financieras necesarias para disponer de una reserva monetaria con recurso suficiente para acometer las inversiones de reposición (gestión del ciclo de vida), de manera que la falta de recursos en ese momento no le afecte o le impida realizar la debida actuación de mantenimiento preventivo cuando corresponde.

Participando activamente en el análisis proyectado del cronograma de obra, de manera que podamos anticiparnos a un posible retraso grave al finalizar la obra detectando a tiempo ese riesgo de retraso (a la vista de pequeños retrasos que se vienen observando en los informes de avance de obra) e instando al socio privado a proponer y discutir las medidas oportunas para rectificar esa tendencia.

En relación con la gestión del riesgo de retraso (o del riesgo de incumplimiento por retraso), escuchando y dialogando cuando pueden existir problemas u obstáculos que incluso pudiendo no representar, según el contrato, un evento eximente, de manera razonada se pueden considerar fuera del control de nuestro socio privado y nuestro concurso proactivo o apoyo en su gestión puede ayudar a evitar el incumplimiento.

Es fundamental insistir en que la **identificación de incumplimientos no debe considerarse como un fin en sí mismo**. Es un medio para lograr el objetivo más amplio de garantizar el objetivo superior, que es el buen fin del contrato, es decir, el que el proyecto cumpla con los objetivos que sustentaron la decisión de desarrollarlo (de otra forma, que el proyecto proporcione o aporte el beneficio neto esperado para la sociedad, o lo supere).

La gestión del desempeño del contrato es una actividad crítica tanto durante la fase de construcción como durante la fase de prestación de servicios, pero dependiendo de la etapa del Contrato, la intensidad y las tareas de monitoreo varían, tanto para la entidad Pública como para el Privado. *Ver la Parte C – Actividades específicas de para mayor detalle.*

Área de Gestión 8: Gestión / administración Financiera.

Parte B. Áreas de gestión general durante la vida del contrato
Área de gestión 1. Gestión de relaciones
Área de gestión 2. Gestión del cambio
Área de gestión 3. Seguimiento, control y gestión de riesgos y compromisos fiscales. Otras obligaciones de información internas aguas arriba.
Área de gestión 4. Planificación de contingencias y gestión de eventos críticos.
Área de gestión 5. Gestión del conocimiento e información y planeación de la sucesión.
Área de gestión 6. Resolución de conflictos.
Área de gestión 7. Gestión del desempeño.
Área de gestión 8. Gestión y administración financiera.

Subtemas o tareas a desarrollar

La Figura 14. Subtemas o tareas a desarrollar área de gestión 8, proporciona un resumen de los temas incluidos en esta área de gestión, los cuáles serán descritas en detalle a continuación:

Figura 14. Subtemas o tareas a desarrollar área de gestión 8



1. Gestión de fuentes de recursos e incorporación al presupuesto

En los proyectos que cuenten o se basen en aportes públicos, la entidad debe garantizar la disponibilidad de los recursos para realizar dichos pagos o aportes según están comprometidos en el Contrato APP.

Así, dentro de la gestión contractual debe contarse con un cronograma de control de las fechas o momentos de aporte de recursos, deben realizarse las gestiones presupuestales necesarias para gestionar en tiempo y de manera completa los aportes (por ejemplo, requiriendo la inclusión de los recursos en los presupuestos anuales o -ante situaciones sobrevinientes- solicitando la adición o modificación de los presupuestos públicos de manera que se cuente con los recursos).

Debe igualmente hacerse seguimiento a la ejecución oportuna de los aportes a cargo de otras entidades que puedan estar cofinanciando el proyecto (por ejemplo, si se comprometen flujos del Sistema General de Participaciones, de Regalías o de presupuestos de los entes territoriales), caso en el cual debe hacerse seguimiento al cumplimiento de las obligaciones en el marco de los contratos de cofinanciación, convenios de colaboración, o instrumentos afines.

Todo ello debería estar incluido y descrito en el Manual de gestión del contrato.

2. Administración financiera del contrato: administración y seguimiento de los pagos y seguimiento y control de otros aspectos financieros

Una administración financiera efectiva del Contrato APP implica el desarrollo de sistemas y procedimientos para realizar y recibir pagos, y para llevar registros de las transacciones financieras (National Treasury South Africa, 2014).

En el contexto de las APP basados total o parcialmente en aportes públicos, el Contrato APP, deber incluir procedimientos para: el cálculo y realización de los pagos contractuales y pagos adicionales a la parte privada; administrar deducciones de penalización; calcular los ajustes al pago por inflación; tratar con pagos tardíos; y recibir informes vinculados a los pagos.

Algunas de las recomendaciones y buenas prácticas adicionales que puede desarrollar el equipo de gestión del contrato incluyen el establecer planes de seguimiento y control de los pagos realizados, de las inversiones realizadas por el socio privado y otros aspectos financieros del proyecto para asegurar la transparencia y controlar la buena marcha financiera del proyecto. Así como tener claridad frente a las personas a cargo de autorizaciones y aprobaciones, los procedimientos y tramites requeridos en cada caso y divulgarlos con las partes involucradas, con el fin de evitar reprocesos.

Entre estos aspectos financieros a darles seguimiento y control (además de la gestión o administración del mecanismo de pagos) podemos destacar:

- Seguimiento y control del proceso de cierre financiero.⁵⁸
- Seguimiento y control de las reservas para reinversiones.
- Seguimiento de la ejecución de las obras y los valores invertidos por el socio privado.⁵⁹
- seguimiento y control de los ingresos del socio privado provenientes de otras fuentes (en referencia a proyectos de tipo concesión o basados en pagos por usuarios).
- Seguimiento de la solvencia del privado mediante la revisión de sus estados financieros parciales (sí aplica) y anuales (de acuerdo con lo previsto en el Contrato APP).
- Seguimiento y control de la disponibilidad/renovación y actualización de las garantías de fiel ejecución exigidas por el contrato, así como de las pólizas de seguros mínimos que haya previsto el contrato.

Especialmente relevante es la gestión del mecanismo de pago en cuanto a su debida actualización y ajustes que puedan ser necesarios durante la vida del contrato, empezando por su debida actualización según inflación, que deberá seguir el proceso previsto a los efectos en el contrato, cuyos protocolos internos puede detallar. Internacionalmente por ejemplo países como Australia resaltan en sus guías de gestión contractual (“Contract Management Guide” elaborada por Partnership Victoria), como elementos fundamentales en la gestión del desempeño el control del estándar de servicio y la administración del mecanismo de pago del proyecto vinculado a dichos estándares.

La gestión del mecanismo de pagos está pues íntimamente ligada a la gestión del desempeño. El Área 2. La Etapa de Operación y Mantenimiento, en relación con Actividades Específicas durante la Fase de Operación, desarrolla mayor detalle en relación con la gestión o administración del mecanismo de pagos.

⁵⁸ Ver mayor explicación en Área 1 de la sección C sobre Actividades Específicas, Fase de Construcción.

⁵⁹ Ver nota previa.

En este sentido, para habilitar una administración fluida del mecanismo de pagos, los apéndices o anexos del contrato deberían establecer los servicios que debe proporcionar la parte privada, los estándares (o KPIs) para cada servicio (incluyendo calidad, cantidad, tiempo y ubicación) y los criterios de ajustes o deducciones relacionados con la falta de cumplimiento de tales estándares. Estos estándares deben ser lo más simples posible, relevantes para los requisitos subyacentes del servicio de la entidad pública y fácilmente medibles.

El equipo de gestión del contrato debería incorporar las pautas y procesos para la administración financiera del contrato dentro del Manual de gestión de gestión del contrato o desarrollar los aspectos que se requiera a mayor detalle en forma de apéndices o anexos (*ver Parte A Sección 3. Manual de Gestión de Contratos y otras herramientas de gestión de esta Guía*).

Finalmente, para la administración de los pagos, debemos prestar atención a la gestión y los procesos a desarrollar e implementar en relación con el Patrimonio Autónomo, lo que se expone a continuación.

3. Patrimonio autónomo del Proyecto

Según lo dispuesto por el artículo 24 de la Ley 1508 de 2012, todos los recursos asociados a proyectos APP deben ser canalizados y administrativos a través de un patrimonio autónomo constituido por la parte privada, el cual estará integrado por todos los activos y pasivos presentes y futuros vinculados al proyecto. Se destaca que, incluso cuando no sea legalmente obligatorio, la existencia de estos patrimonios autónomos es recomendable para la ejecución de grandes proyectos de infraestructura, en tanto que permite tener una trazabilidad de todos los ingresos y el uso que se le dan a los recursos del proyecto.

En esa medida, durante la gestión contractual, la entidad deberá tener en cuenta lo siguiente:

- La ley no exige la creación de un número de cuentas o subcuentas específicas por lo que parte privada debe crear aquellas establecidas en el Contrato APP, teniendo la facultad de crear adicionales. Generalmente, estas suelen estar divididas por: (i) Cuenta Proyecto, en la que se canalicen todos los aportes que debe realizar la parte privada para la ejecución de las obligaciones a su cargo, relacionadas, por ejemplo, con la gestión predial, social, ambiental y de redes, entre otros, y (ii) Cuenta de la entidad contratante, en la que ingresen todos los recursos relacionados con los aportes -si se requiere del desembolso de recursos públicos para su ejecución-, recursos para la interventoría y supervisión del contrato, ingresos por explotación comercial que le correspondan a la entidad contratante, entre otros. Estas cuentas suelen dividirse a su vez, en subcuentas, dependiendo del tema específico que se trate, por lo que resulta relevante que el equipo encargado de la entidad entienda la estructura del patrimonio autónomo y pueda tener una visibilidad acerca del flujo de recursos.
- Usualmente la entidad concedente no es fideicomitente (parte firmante del contrato de fiducia mercantil) pero si es beneficiaria de ciertas cuentas del patrimonio autónomo. En consecuencia, en estos casos no es necesario que la entidad tenga un rol activo en asuntos puramente contractuales u operativos del día a día del contrato de fiducia mercantil⁶⁰.
- Como concedente del Proyecto, la entidad debe verificar que se cumplan (y se mantengan) las condiciones mínimas de elegibilidad que debe tener la sociedad fiduciaria que administrará el patrimonio autónomo.

⁶⁰ Situación diferente se dará en los eventos en los que la entidad es la contratante de la fiducia, donde si deberá hacerse cargo de los aspectos contractuales y operativos propios del contrato fiduciario.

- Se debe verificar el cumplimiento de las cláusulas de mínima inclusión, que hayan sido incluidas como obligatorias en el Contrato APP.
- Revisar y, en dado caso, presentar comentarios acerca de los reportes obligatorios que debe hacer la fiduciaria bajo el Contrato APP.
- Asumir un rol activo de supervisión y monitoreo, así como dar órdenes relacionadas con el giro de los recursos de las cuentas y subcuentas en las que es ordenante y/o beneficiaria, como lo es por ejemplo de la subcuenta de aportes estatales.
- Tener visibilidad sobre los flujos de recursos de las cuentas en las que la parte privada es ordenante y/o beneficiario.
- Asistir a los comités fiduciarios cuando estos sean convocados en el plazo previsto en el Contrato APP, ejerciendo en lo que resulte pertinente su derecho de voz, pero sin voto. Para ello se recomienda asistir a los comités con conocimiento previo de las cláusulas contractuales relevantes, de los informes más recientes emitidos por la fiduciaria y de los aspectos financieros que consideren pueden afectar los flujos de recursos del proyecto.

Parte C – Actividades específicas de cada etapa

Esta Guía divide el contrato en tres etapas principales para organizar y explicar las tareas de gestión del contrato: (i) Etapa preoperativa (que se divide en la fase de preconstrucción y la fase de construcción, e incluye entre otros, los trabajos previos a la construcción, elaboración de estudios, diseño definitivos, cierre financiero y otras actividades precedentes, los trabajos de construcción y la aceptación para el inicio de operación y mantenimiento de la infraestructura; (ii) Etapa de Operación y mantenimiento (inicia a partir de la terminación de la etapa preoperativa/ inicio de las actividades de operación y mantenimiento hasta la finalización de la etapa de operación y mantenimiento del contrato) e incluye principalmente, las actividades necesarias para la operación y mantenimiento del proyecto; y (iii) La etapa de reversión y “salida”, en la que se incluyen las actividades preparatorias y de ejecución de la reversión, ya que, aunque tengan lugar durante los últimos años de las operaciones están íntimamente ligadas al hito de terminación contractual

Área 1. La etapa preoperativa

Parte C. Actividades específicas de cada etapa.
Área 1. La etapa preoperativa.
Área 2. La etapa de operación y mantenimiento.
Área 3. La etapa de reversión.

Objetivos

La etapa preoperativa abarca desde la firma del contrato hasta la plena entrada en servicio de la infraestructura.

Normalmente durante la etapa preoperativa de una APP ocurre las siguientes actividades clave:

- La parte privada concluye el financiamiento para el proyecto a través del proceso de cierre financiero.
- La parte privada accede el sitio (y gestiona en algunos proyectos la liberación de los predios/vía), y obtiene los permisos y licencias necesarios para poder llevar a cabo las obras de construcción.
- Se finaliza el diseño de los trabajos de construcción.
- Se realizan los trabajos de construcción.
- La infraestructura completa se comisiona (proceso de aceptación o comprobación para la puesta en servicio) y su gestión se traspa al equipo de operaciones.

En la mayoría de los proyectos, estas actividades son realizadas por el contratista de construcción de la parte privada, sin embargo, la propia parte privada (la SPV) sigue siendo responsable ante la entidad contratante en virtud del Contrato APP.

La autoridad de contratante debe gestionar el Contrato APP desde el principio para garantizar la construcción en tiempo y la operación satisfactoria del proyecto.

Los objetivos de la gestión de contratos en la etapa preoperativa son los siguientes:

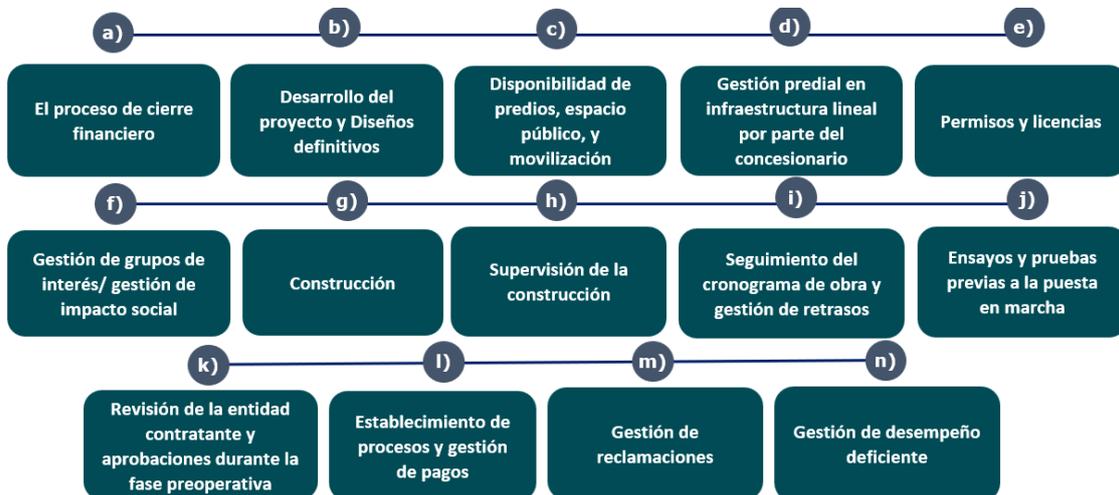
- Asegurar que el socio privado cumpla con sus obligaciones de financiar, diseñar, entregar/desarrollar y entregar la infraestructura.
- Asegurar que la entidad contratante cumpla con sus obligaciones de revisiones y aprobaciones, supervisión de la fase de construcción y aceptación de la infraestructura para la etapa de operación.
- Efectuar posibles pagos durante construcción (en determinados modelos contractuales) y de atender las posibles reclamaciones por eventos eximentes y eventos de compensación.
- Gestionar los grupos de interés en apoyo de los buenos resultados del proyecto.
- Realizar la revisión del contrato de fiducia mercantil, una vez se firma el contrato como requisito previo para el giro de aportes de *equity*.
- Realizar los aportes y giros de *equity* a la subcuenta específica del patrimonio autónomo, conforme a los plazos y condiciones definidos en el Contrato APP.

Durante esta etapa, la entidad contratante además gestiona cambios, supervisa los compromisos fiscales y elabora informes para las agencias centrales, planifica los eventos inesperados y responde si ocurren, gestiona el conocimiento y la información, y administra cualquier disputa que surja. Estos temas generales se discuten en la sección B de la Guía.

Subtemas o Tareas a desarrollar

La Figura 15. Subtemas o Tareas a desarrollar durante la etapa preoperativa, proporciona un resumen de los temas o tareas incluidas en etapa preoperativa, los cuáles serán descritas en detalle a continuación:

Figura 15. Subtemas o Tareas a desarrollar durante la etapa preoperativa



a) El proceso de cierre financiero

En un proyecto APP, la parte privada por lo general no habrá finalizado sus acuerdos de financiamiento y no podrá disponer de sus préstamos en el momento de la firma del Contrato APP.

Esto es así porque los prestamistas requieren de una *due diligence* extensa antes de que pueda ocurrir el cierre financiero. Esto incluye la revisión de todos los estudios técnicos e hipótesis de negocio, así como

la revisión legal y el aseguramiento de que los gestores de la parte privada cumplen con distintos requisitos de identificación y de normativa relacionada con el Sistema de Administración del Riesgo de Lavado de Activos y Financiación al Terrorismo –SARLAFT–, entre otros.

Es posible que los prestamistas no puedan realizar esta revisión antes del cierre comercial porque:

- Puede que no haya tiempo suficiente, o que el licitador y los prestamistas no estén dispuestos a comprometer los fondos y recursos hasta que se tome una decisión de adjudicación.
- Puede haber una serie de condiciones precedentes para la firma del Contrato APP, que dependen de la entidad contratante o de terceros que deben cumplirlas.

Los requisitos que deben cumplirse antes de que la parte privada pueda disponer de sus préstamos también se conocen como “condiciones precedentes”⁶¹ del cierre financiero. El cierre financiero se produce cuando se han negociado los acuerdos de financiamiento y se han cumplido todas las condiciones precedentes. Si el cierre financiero no se produce dentro de un período especificado en el Contrato APP, la entidad contratante generalmente tiene derecho a activar un proceso predeterminado o rescindir el contrato.

En la mayoría de las APP, es responsabilidad de la parte privada satisfacer la mayoría o todas las condiciones previas al cierre financiero. El papel de la entidad contratante es el siguiente:

La entidad contratante debe cumplir con prontitud cualquier condición previa que sea su responsabilidad. El Contrato APP debe indicar cuál de las condiciones precedentes debe cumplir la entidad contratante, si procede. Por ejemplo, si el Contrato APP requiere que la entidad contratante adquiera el derecho de paso para una carretera, el contrato puede contener una condición previa de que la entidad contratante debe haber adquirido un cierto porcentaje del derecho de paso antes de que se produzca el cierre financiero.

La entidad contratante debe monitorear el progreso de la parte privada en la negociación de los acuerdos de financiamiento y el cumplimiento de sus condiciones precedentes (por ejemplo requiriendo comunicación temprana si se prevén retrasos, o informar de la evolución de las negociaciones y actuaciones previas al cierre con cierta antelación a la fecha límite para cierre financiero (lo cual idealmente en tal caso estar previsto en el contrato) y exigir a la parte privada que proporcione evidencia de que ha cumplido con las condiciones precedentes establecidas en el Contrato APP⁶².

La entidad contratante también debe monitorear el progreso de cualquier condición precedente que deba ser cumplida por terceros.

El proceso de cierre financiero puede ser un período relativamente tranquilo para la entidad contratante, si bien durante ese tiempo se esperará que el socio privado avance en la elaboración del proyecto definitivo. La entidad contratante debe usar esto como una oportunidad para asegurarse de que ha configurado correctamente su función de gestión de contratos y está preparada para la carga de trabajo durante la construcción. *Consulte la Parte A **Introducción a la Gestión de Contratos: aspectos generales para obtener más información sobre la configuración de la función de gestión de contratos.***

⁶¹ Se refieren a las condiciones precedentes establecidas por los prestamistas para la celebración del contrato.

⁶² Bajo la ley aplicable y, en virtud del principio de autonomía de la voluntad, es posible que la entidad incluya condiciones y pautas en el Contrato APP para hacer seguimiento a la obligación de obtener el cierre financiero del proyecto. Igualmente, esa gestión por parte de la entidad de aquello en lo que tenga injerencia es expresión del principio de buena fe que debe aplicarse en la ejecución del contrato.

El Contrato APP puede requerir que la parte privada comience el trabajo de diseño inmediatamente después de la firma del contrato, y puede requerir que la parte privada comience el trabajo de construcción en una fecha programada, incluso si no se ha producido un cierre financiero. En estas circunstancias, la parte privada utiliza los fondos suscritos por los inversionistas de capital para cubrir el costo de este trabajo.

Si la parte privada tiene dificultades para finalizar sus acuerdos de financiamiento o para cumplir con alguna de las condiciones precedentes, puede usar esto como una oportunidad para tratar de renegociar el Contrato APP. La entidad contratante debe evaluar cuidadosamente cualquier solicitud de renegociación durante el proceso de cierre financiero. En algunos casos, un cambio menor en el Contrato APP que permita a la parte privada alcanzar el cierre financiero puede ser lo mejor para el proyecto. Sin embargo, la entidad contratante no debe aceptar cambios que aumenten los costos del proyecto o disminuyan los beneficios probables del proyecto, a menos que ofrezcan resultados netos positivos para la entidad y la comunidad. *Consulte el Área de gestión 2 Gestión del Cambio para obtener más información sobre las modificaciones al contrato.*

b) Desarrollo de Estudios y Diseños definitivos

El Contrato APP normalmente requiere que la parte privada presente los estudios y diseños definitivos a la entidad contratante para su revisión antes de una fecha determinada establecida y conforme a las especificaciones técnicas. Normalmente, la parte privada primero presentará el diseño en borrador. La entidad contratante tendrá que otorgar la no objeción al diseño (con informe previo de la interventoría) o la autoridad (o la interventoría) proporcionará comentarios a la parte privada con las consideraciones que se consideren oportunas con objeto de garantizar la obtención de los resultados previstos en el contrato. Lo anterior dentro de un cierto límite de tiempo según establezca el contrato, y facilitando al agente privado un plazo adicional para que realice los ajustes o modificaciones necesarias.

Algunos contratos permitirán que la parte privada presente el diseño final en paquetes relacionados con partes específicas del proyecto y puede establecer que la entidad contratante dé la orden para comenzar la construcción de cada paquete individual una vez que se haya finalizado la revisión del diseño.

Consulte la tarea k) Revisión de la entidad contratante y aprobaciones durante la etapa preoperativa. más adelante para obtener orientación sobre la problemática de la revisión de los diseños por parte de la entidad contratante.

c) Disponibilidad de predios, espacio público, y movilización.

En la mayoría de las APP que involucran la construcción de infraestructura distintas a las infraestructuras lineales de transporte (que se abordan específicamente más abajo), la entidad contratante debe poner los predios y el espacio público requerido a disposición de la parte privada⁶³.

La entidad contratante debe seguir en esos casos los procesos establecidos en el Contrato APP para que dichos predios y espacio público esté disponible para que la parte privada pueda ejecutar las respectivas actividades de construcción⁶⁴.

⁶³ Para el caso de proyectos de infraestructura carretera la entidad contratante no realiza la entrega de la disponibilidad predial, dicha responsabilidad se traslada a la parte privada durante la etapa de preconstrucción del proyecto.

⁶⁴ Cuando se trata de proyectos de edificaciones verticales (como, por ejemplo, hospitales), lo normal es que el predio esté plenamente disponible o totalmente garantizada su disponibilidad al momento del proceso de selección para evitar que exista incertidumbre en este sentido, pues de lo contrario, podría inviabilizar el proyecto desde el punto de vista comercial.

Para proyectos en los que versen sobre un predio único y específico a intervenir (es decir, distinto del caso de infraestructuras lineales), la entidad contratante debe garantizar la disponibilidad del suelo/predio y entregarlo en el plazo establecido en el Contrato APP, generalmente poco después del cierre comercial. Para proyectos que requieren terrenos que se extienden sobre un gran número de propiedades distintas, la situación puede ser más compleja y el Contrato APP puede prever la entrega progresiva de los terrenos por la autoridad a medida que el proyecto avanza. Este suele ser el caso en proyectos de infraestructura lineal, como carreteras, líneas de ferrocarril, tuberías y líneas de transmisión de energía. En estos casos, la entidad debe atender lo específicamente acordado por las partes en el Contrato APP. Este supuesto se desarrolla específicamente en el apartado a continuación.

Hay que tener en cuenta que, en estos casos, cuando el contrato atribuye al socio privado la gestión de la adquisición o expropiación de tierras, la autoridad de contratación debe supervisar y gestionar de forma proactiva los riesgos y amenazas asociados.

Es posible que la entidad contratante también deba gestionar las reclamaciones asociadas si el contrato prevé algún alivio de este riesgo a la parte privada en los casos de que haya demoras o sobrecostos durante el proceso de adquisición de predios. *Consulte la tarea m) Gestión de reclamaciones (eventos de compensación y eventos eximentes) más adelante para obtener más información sobre la gestión de reclamaciones.*

El caso de la gestión predial por parte de la parte privada en infraestructura lineal se desarrolla más a continuación.

d) Gestión predial en infraestructura lineal por parte de la parte privada

En la ejecución de Proyectos APP que requieren de gran cantidad de predios (en especial los proyectos carreteros), la parte privada debe desarrollar las actividades de gestión y adquisición de las áreas prediales o predios requeridos para la ejecución del proyecto con fundamento en todo caso en los estudios de detalle del proyecto y de conformidad con el alcance contractual previsto en el Contrato de Concesión; a efectos de poderse acceder oportunamente a la totalidad de los predios requeridos conforme a los diseños definitivos del proyecto. A su vez, este acceso a los predios puede darse a través de mecanismos voluntarios (permisos de intervención y enajenación voluntarias) o expropiatorios (sea expropiación administrativa o judicial); todo lo anterior con el objetivo último de que la titularidad de las franjas de terreno requeridas pase a estar en cabeza del Estado.

En desarrollo de esta gestión predial, es usual que se requiera a la parte privada el elaborar tiras topográficas prediales y planos prediales identificando la información mínima de linderos, propietarios, poseedores, entre otros, de cada uno de los predios efectivamente requeridos para la ejecución del proyecto que previamente surtió la etapa del área de influencia identificados por la entidad contratante en la estructuración. Asimismo, debe adelantar el análisis de zonas homogéneas y geoeconómicas, estudio de títulos, fichas prediales, planos prediales, avalúos comerciales, entre otros insumos y documentos establecidos contractualmente con relación a la gestión predial. Cabe mencionar que los anteriores insumos y documentos deben ser sujeto de revisión y aprobación por parte de la interventoría en el marco de sus actividades de seguimiento, vigilancia y control frente al proceso de gestión predial que adelanta el privado. La interventoría tiene la obligación contractual de hacer seguimiento al avance del proceso de gestión predial, a predios en ruta crítica con situaciones particulares y a predios de especial atención que se analizan en comités prediales (de los que también participa usualmente la entidad contratante). Completadas estas actividades, debe procederse a la preparación, notificación e inscripción de las ofertas de compra de los predios en sus respectivos folios de matrículas inmobiliarias, debiendo agotarse en primera medida el mecanismo de la enajenación voluntaria. Solo una vez esta se haya frustrado habrá de procederse al inicio de los procesos de expropiación, sea administrativa o judicial. Se

anota que, tratándose de predios baldíos, extinción de dominio, etc. (en los que haya o no ocupaciones) el proceso de gestión predial tendrá variaciones debido a la naturaleza jurídica de tales predios.

Es por ello por lo que resulta de gran relevancia que la entidad contratante de manera coordinada con las interventorías de los proyectos realice el respectivo control, monitoreo y seguimiento al avance de cumplimiento del proceso de gestión y adquisición predial. Esto en tanto que, generalmente, los riesgos asociados a esta gestión suelen ser compartidos y en esa medida, si se presentan demoras superiores a las establecidas en la ley para adelantar el proceso de adquisición de los predios -por razones no imputables a la parte privada, la entidad debe estar en plena capacidad de establecer y regular el procedimiento de verificación del cumplimiento de las obligaciones de naturaleza predial establecidas en el contrato de concesión, capacidad para gestionar riesgos prediales y de adelantar los procesos de expropiación correspondientes. Esto sin perjuicio de que, dependiendo de las características del proyecto, sea la entidad quien retenga las obligaciones de gestión predial.

El debido seguimiento y monitoreo en el avance de estas actividades evitará que se activen mecanismos previstos de los contratos en los cuales la parte privada solicite la declaración de un evento eximente de responsabilidad, que, a su vez, puede incidir negativamente en la debida ejecución del cronograma previamente acordado entre las partes.

En consecuencia, debe resaltarse la importancia de: (i) prever de manera clara obligaciones de reporte sobre el avance de estas actividades y (ii) el alcance de la responsabilidad y riesgos que asumirán cada una de las partes.

Finalmente, y, sin perjuicio de mejoras que puedan hacerse en la estructuración de los Proyectos APP dirigidas a la mitigación de los riesgos prediales, como parte de la gestión contractual las entidades contratantes de acuerdo con sus funciones y competencias deben adoptar las siguientes medidas:

- a) Revisar y actualizar el registro de propiedad de todos los predios de las áreas de influencia de los proyectos con el fin de agilizar el proceso de adquisición de los predios requeridos. Para ello se requiere garantizar la correcta interrelación catastro-registro, así como definir de manera conjunta con otras entidades involucradas de manera directa o indirecta, estrategias que minimicen la brecha de tiempos y favorezcan la celeridad y eficiencia del proceso de gestión y adquisición predial.
- b) Propender por la coordinación directa de la entidad concedente con las otras entidades estatales a cargo de la titulación o catastro, bajo el principio de coordinación entre entidades públicas para el logro de los fines estatales.
- c) En el caso de los predios críticos del proyecto y, una vez se agoten los términos máximos previstos en el contrato, contar desde la parte pública con la capacidad técnica y humana para adelantar los procesos de expropiación.
- d) Hacer un adecuado seguimiento al avance de la gestión predial a cargo de la parte privada, de manera que puedan anticiparse puntos críticos e implementar acciones (incluso conjuntas) a través de las cuales se solucionen o mitiguen situaciones particulares o críticas que representen impactos para la ejecución del proyecto.
- e) Fortalecer y apropiar las herramientas tecnológicas necesarias para el adecuado monitoreo, seguimiento y control al proceso de gestión predial requerido para la ejecución del proyecto de infraestructura y que favorezca la toma de decisiones.

- f) Para mayor detalle sobre la gestión predial refiérase al **Apéndice II. Gestión contractual gestión predial, social y ambiental** de esta Guía en el cual se brinda un análisis sobre las principales problemáticas, sus causas y la presentación de una serie de alternativas de manejo que pueden adelantar las partes del Contrato.

e) *Permisos y licencias*

El artículo 11 de la Ley 1508 de 2012 exige que durante la estructuración de los Proyectos APP y antes de abrir el proceso de selección, la entidad debe contar con un análisis de carácter socioeconómico y ambiental, así como una evaluación del costo beneficio del proyecto analizando su impacto social, económico y ambiental sobre la población directamente afectada, evaluando los beneficios socioeconómicos esperados. Si bien se destaca que esta ley no exige que las entidades estructuradoras de un Proyecto APP inicien el trámite de permisos ambientales previo a la apertura del proceso de selección., es considerado buena práctica que, durante la fase de estructuración, la entidad contratante adelante análisis preliminares de impacto ambiental y social⁶⁵.

En lo que respecta a la ejecución de Proyectos APP, en todo caso, la parte privada suele ser responsable de adelantar las actividades correspondientes a una adecuada gestión ambiental y social, lo cual comprende entre otras, el trámite de consultas previas obligatorias (aquellas identificadas con posterioridad a la adjudicación),⁶⁶ así como el trámite de permisos y licencias ambientales y asumir parcialmente los eventuales sobrecostos en las compensaciones socioambientales⁶⁷.

En todo caso, las responsabilidades relacionadas con la elaboración de estudios ambientales y sociales, la obtención de permisos o licencias ambientales y los riesgos en relación con los posibles impactos en el proyecto deben estar claramente definidos en el Contrato APP, y debidamente desarrollados en el Manual de Gestión. Lo anterior implica que, en caso de que el proyecto requiera de permisos ambientales (especialmente si se precisa de una licencia ambiental), la parte privada deberá elaborar y presentar a la autoridad ambiental -entre otros- el estudio de impacto ambiental y el plan de manejo ambiental, además de realizar los reportes periódicos a las autoridades ambientales respectivas.

En esa medida, la entidad contratante debe monitorear el progreso de la parte privada en la obtención de estos permisos y licencias, lo cual comprende:

- a. Hacer seguimiento a los trámites requeridos para la aprobación de las licencias ambientales, los estudios de impacto ambiental y el plan de manejo ambiental, además de los reportes periódicos a las autoridades respectivas.
- b. Monitorear el cumplimiento de la parte privada de todas las exigencias ambientales previstas en la ley aplicable (como, por ejemplo, el uso eficiente del agua y el manejo y disposición de residuos)

⁶⁵ Estos estudios por parte de la entidad durante la estructuración del proyecto tendrían como objeto determinar con anticipación hasta donde sea posible, la influencia de estos impactos en el diseño y los requerimientos técnicos del proyecto, con el fin de incorporarlos en el proyecto y en el modelo financiero.

⁶⁶ La entidad debe pedir una certificación de presencias de comunidades en el área del proyecto al Ministerio del Interior y adelantar la consulta previa de todas las comunidades certificadas por este Ministerio antes de contratar el proyecto. Aquellas consultas que puedan emerger con posterioridad a la licitación deberá gestionarlas la parte privada.

⁶⁷ De acuerdo con el CONPES 4117 de 2023, en los proyectos se debe identificar un presupuesto estimado para las compensaciones socioambientales, valor que debe ser aportado por el concesionario al patrimonio autónomo del proyecto. Si hay sobrecostos, son compartidos entre el concesionario y la entidad contratante y si, dichos sobrecostos exceden el 200%, deberán ser asumidos por la entidad contratante.

- c. Atender de manera inmediata las solicitudes de reconocimiento de eventos eximentes de responsabilidad en relación con posibles retrasos en la licencia o posibles modificaciones onerosas del proyecto para cumplir con los requerimientos medioambientales.
- d. Propender por la coordinación directa de la entidad concedente con comunidades / autoridades locales competentes en relación con eventuales reclamaciones en materia ambiental o social.
- e. Propender por la coordinación directa con las otras entidades estatales a cargo del trámite de licencia o permiso ambiental correspondiente.

f) Gestión de grupos de interés / gestión de impacto social

Al gestionar los grupos de partes interesadas y el impacto social, es crucial reconocer la importancia de trabajar eficazmente durante la estructuración del proyecto. Esto implica realizar una evaluación exhaustiva del impacto social del proyecto y asegurar una adecuada socialización activa más allá de los requisitos legales de consulta previa⁶⁸, si corresponde, antes de contratarse con el fin de mitigar posibles atrasos en la ejecución por estos asuntos, incluyendo la identificación y trámite de las consultas previas (cuando aplique), la identificación y descripción de los riesgos inherentes y la asignación de la manera más clara posible de los mismos en el Contrato APP.

A continuación, se presentan algunas consideraciones importantes a tener en cuenta, tanto en la estructuración del proyecto, como durante su ejecución:

La socialización activa incluye a las comunidades afectadas, organizaciones no gubernamentales, autoridades locales y otros grupos de interés relevantes. La socialización del proyecto permite compartir información, recoger comentarios y preocupaciones, y construir relaciones de confianza y colaboración con las comunidades locales.

Se debe tener en cuenta que, frente a la asignación de riesgos, el documento CONPES 4117 de 2023 señala que el riesgo relacionado a la necesidad de realizar consultas previas posteriores a la adjudicación y adicionales a las identificadas por la entidad en la estructuración debe ser compartido, estando los costos de logística a cargo de la parte privada, mientras que el costo de implementación de los eventuales acuerdos debe ser asumidos por el sector público. Es por esto que resulta esencial desde la perspectiva de gestión de riesgos el tratar de anticipar al máximo posible las consultas y sus posibles impactos a fin de incorporarlos en el proyecto antes de la licitación.

Es fundamental planificar la gestión de mecanismos de socialización que puedan resultar necesarios tras la firma del contrato, con el fin de minimizar el impacto de posibles modificaciones derivadas de dichas consultas. Esto puede implicar la implementación de mecanismos de comunicación efectivos, designar puntos de contacto responsables y preparar recursos y procedimientos para abordar consultas previas al contrato de manera oportuna y adecuada.

⁶⁸ La consulta previa es un derecho constitucional y fundamental, que se concreta en un procedimiento mediante el cual el Estado garantiza, a través de la Dirección de Autoridad Nacional de Consulta Previa, a las comunidades étnicas, la participación activa y eficaz y el acceso a la información sobre los proyectos, obras o actividades que puedan afectarlos directamente. El concepto de afectación directa ha sido definido por la Corte Constitucional en Sentencia SU123 de 2018 M.P. Alberto Rojas Ríos y Rodrigo Uprimny Yepes como: “el impacto positivo o negativo que puede tener una medida sobre las condiciones sociales, económicas, ambientales o culturales que constituyen la base de la cohesión social de una determinada comunidad étnica. Procede entonces la consulta previa cuando existe evidencia razonable de que una medida es susceptible de afectar directamente a un pueblo indígena o a una comunidad afrodescendiente”.

En la medida en que se le asigne a la parte privada la responsabilidad de adelantar actividades relacionadas con la gestión de comunidades y el trámite de consultas previas obligatorias (identificadas con posterioridad a la adjudicación), se deberá tener en cuenta lo siguiente:

- (i) Realizar el respectivo seguimiento de los acuerdos celebrados durante el trámite de consulta previa o durante las socializaciones activas a las que se ha hecho referencia anteriormente. En efecto, de acuerdo con la Directiva Presidencial 08 de 2020, las etapas del procedimiento de consulta previa comprenden el seguimiento a cargo de la Dirección de Autoridad Nacional de Consulta Previa (DANCP) con el fin de verificar que el ejecutor de un proyecto, obra o actividad y las comunidades étnicas cumplan las medidas de manejo acordadas.

Si bien la Directiva Presidencial 08 de 2020 no establece lineamientos adicionales sobre el seguimiento de los acuerdos, se recomienda a la entidad contratante: (i) verificar que la parte privada levante actas de las reuniones que se celebren con las comunidades en donde se deje constancia del cumplimiento de las medidas pactadas; (ii) si las comunidades no atienden las reuniones que ha citado previamente la parte privada, se recomienda que la entidad verifique que la parte privada deje constancia de la inasistencia e informe a la DANCP de todas las actuaciones y/o problemas identificados con las comunidades y (iii) trabajar de manera articulada y coordinada con la DANCP, las comunidades y de ser aplicable, con las Procuradurías o Personerías locales y el Municipio.

- (ii) Si con posterioridad a la celebración del contrato, surge una comunidad no identificada por la entidad durante la estructuración, la parte privada debe adelantar el proceso de consulta previa, identificando en primer lugar, si es procedente bajo la Directiva Presidencial 10 de 2013. En el evento en que no proceda, se recomienda enviar el acto administrativo de no procedencia a la comunidad y le corresponderá a esta última solicitar a la DANCP el registro como comunidad étnica. De lo contrario, la parte privada deberá atender las directivas presidenciales aplicables, con el fin de culminar dicho proceso con la celebración de acuerdos con comunidades.

Ver recomendaciones adicionales sobre este aspecto en el Apéndice II. Gestión contractual, predial social y ambiental.

g) Construcción

El contratista de construcción del socio privado generalmente dividirá el trabajo de construcción en fases o paquetes más pequeños para mejor gestión de los hitos definidos (correspondientes a las unidades funcionales), y con frecuencia ofrecerá paquetes de trabajo individuales a subcontratistas. Sin embargo, el contratista de la construcción seguirá siendo responsable bajo su contrato con el socio privado por la calidad de todo el trabajo y por la coordinación de las actividades del subcontratista.

La entidad contratante debe supervisar el proceso de construcción y revisar el progreso y el cumplimiento del Contrato APP. También puede ser necesario proporcionar varias aprobaciones relacionadas con la construcción según las disposiciones contractuales. *Consulte las tareas i) y k) más adelante para obtener orientación sobre estas actividades.*

En el curso de estas actividades, las entidades contratantes deben aplicar, de ser el caso, el proceso de verificación y entrega parcial de unidades funcionales, así como el cálculo de la retribución al a la parte privada, de acuerdo con los índices de cumplimiento que para el efecto se pacten en el Contrato APP.

h) Supervisión de la construcción

La entidad contratante debe monitorear si, además de que la construcción se está cumpliendo con el cronograma de obras y si es probable que cumpla a tiempo las unidades funcionales del proyecto conforme a los criterios de calidad y funcionalidad definidos en el Contrato APP.

La entidad contratante evaluará la calidad y la funcionalidad durante la puesta en marcha, pero, para mitigar el riesgo de que la parte privada no cumpla con los requisitos de la puesta en servicio (lo que puede ocasionar un retraso en el inicio de las operaciones), la entidad contratante debe monitorear progresivamente la calidad y funcionalidad durante toda la etapa de construcción.

Las actividades de monitoreo de la construcción de la entidad contratante deben reflejar las necesidades del proyecto y los requisitos del Contrato APP. Estas actividades incluyen típicamente:

- Revisar los avances en los cronogramas de obra para verificar que sean conformes con las especificaciones definidas en contrato
- Revisar el cumplimiento de los planes de calidad de diseño y construcción.
- Monitorear el progreso temporal de la construcción para gestionar de forma proactiva el riesgo de retrasos (ver más detalles a continuación)
- Evaluar los costos reales de las obras. Este seguimiento puede resultar relevante para efectos de determinar la compensación aplicable por la entidad contratante en casos de terminación anticipada del Contrato APP; se destaca incluso que, en los contratos de concesión más recientes, la cuantificación periódica del eventual pago por terminación anticipada es una obligación de la entidad contratante. A su vez, la cuantificación del eventual valor a pagar resalta la importancia de hacer un adecuado seguimiento a los flujos de recursos del proyecto y sus usos, aspecto abordado previamente en esta guía.
- junto a lo anterior, monitorear las disposiciones de financiación de la parte privada y las inversiones realizadas por los accionistas⁶⁹.
- Asistencia (cuando esté previsto) a las reuniones de trabajo entre el socio privado y sus contratistas.
- Verificar la correcta finalización de los trabajos.
- Aceptación formal de la instalación / infraestructura antes de que comiencen las operaciones, de conformidad con el contrato.

i) Seguimiento del cronograma de obra y gestión de retrasos.

El hecho de que la parte privada no complete los trabajos de construcción a tiempo, y la consiguiente demora en la entrega de servicios, es uno de los desafíos más comunes que experimentan las APP. Para asegurarse de que se advierta de manera temprana que esto puede ocurrir y así puedan tomarse

⁶⁹ Considerar si incluir bajo el concepto de buenas prácticas dado que en el marco Colombia la financiación y oportunidad en los pagos a contratistas forma parte de la libertad de la parte privada, por lo que no suele establecerse el monitoreo / seguimiento de estos asuntos a cargo de la entidad.

cualesquiera acciones correctivas que sean necesarias, la entidad contratante debe monitorear de cerca el progreso de la construcción con respecto a los plazos contractuales.

La técnica de monitoreo más eficiente es exigir a la parte privada que informe regularmente sobre el progreso en relación con el cronograma de construcción. Los requisitos de información deben estar claramente descritos en el contrato. El informe debe incluir información sobre el progreso de las obras, aviso anticipado de cualquier retraso, el programa para gestionar cualquier retraso y otros temas que sean relevantes en relación con la evolución de la construcción.

La entidad contratante debe garantizar que la parte privada actualiza el cronograma de construcción cuando sea preciso para reflejar cualquier retraso o cambio. Esto es crítico ya que:

- Algunas obligaciones de la parte privada pueden ser interdependientes de las obligaciones de la entidad contratante (como su obligación de entregar el predio o dar acceso al mismo).
- Aunque el Contrato APP normalmente requiere que la parte privada asuma la mayoría de los riesgos que pueden causar retrasos, siempre hay un riesgo residual para la entidad contratante cuando se retrasa un proyecto. Una demora puede resultar en daños a la reputación para la entidad contratante, o en impactos significativos en la prestación de servicios públicos.

La entidad contratante (a través de la interventoría) también deben realizar inspecciones sobre los predios del proyecto para verificar que el cronograma de obra refleje correctamente el progreso real.

j) Ensayos y pruebas previas a la puesta en marcha e inicio de la etapa de operación y mantenimiento.

Antes de finalizar formalmente la etapa preoperativa, las partes realizarán las correspondientes pruebas y ensayos sobre la infraestructura, como condición precedente a la entrega de las obras y al inicio de la etapa de operación y mantenimiento. Tales pruebas deben ser supervisadas por la entidad contratante y la interventoría, con el fin de verificar el cumplimiento de cada una de las condiciones definidas en las especificaciones técnicas.

El equipo de gestión de contratos debe comenzar a prepararse para el inicio de la de operación y mantenimiento con mucha antelación de manera que se tengan los procesos detallados y un equipo dedicado a la puesta en marcha con suficiente antelación. *Consulte la tarea k) y a) en el Área 2. La Etapa de Operación y Mantenimiento de esta sección para obtener orientación sobre estas actividades.*

En algunos proyectos, puede haber dos hitos para el inicio de las operaciones. El primer hito se conoce normalmente como aceptación o finalización provisionales⁷⁰. Permite que comience la etapa operativa del proyecto, siempre que:

- La construcción se ha completado conforme a las especificaciones técnicas;
- Las actividades de operación pueden comenzar bajo estándares de seguridad apropiados;

⁷⁰ Lo indicado según se establezca en el contrato

- Todos los defectos o incumplimientos de construcción restantes son menores en su naturaleza y no impiden el comienzo de las operaciones (la lista de incumplimientos menores a menudo se conoce como la “lista de puntos pendientes” o en inglés “*punch list*”).
- Ciertas condiciones para aceptación definitiva pueden referirse a cumplimiento de determinados indicadores de servicio a verificar durante las actividades o de pruebas (por ejemplo, calidad del agua depurada en una planta de tratamiento, velocidad media en un proyecto de transporte etc.).
- Dependiendo del tipo de infraestructura, el Contrato APP puede incluir una fase previa al inicio de la etapa de operación y mantenimiento, como, por ejemplo, una etapa de pruebas y ensayos, que permita verificar que el proyecto se encuentra en condiciones mínimas para iniciar su operación.
- En caso de evidenciarse algún defecto o falencia, la entidad contratante y/o la Interventoría deben otorgar un plazo suficiente para que la parte privada subsane dicha situación.
- La entidad contratante y el interventor deben verificar que se haya subsanado dicho defecto durante el plazo otorgado.

k) Revisión de la entidad contratante y aprobaciones durante la etapa preoperativa.

Además de monitorear el desempeño de la parte privada y su contratista de construcción, la entidad contratante generalmente también tiene ciertos derechos de revisión durante la fase de construcción del contrato, y se le puede solicitar que otorgue diversas aprobaciones.

El Contrato APP generalmente establecerá los procesos de revisión y aprobación. La entidad contratante debe seguir estos procesos para garantizar que se mantiene la asignación de riesgos contractuales establecida en el contrato.

La primera tarea de revisión durante la fase general de construcción es la revisión por parte de la entidad contratante a través de la interventoría del diseño de la parte privada para otorgar la no objeción o las observaciones de ser el caso antes de que comiencen los trabajos de construcción. Esto le otorga a la entidad contratante con apoyo de la interventoría la oportunidad de identificar de manera temprana cualquier incumplimiento potencial de las especificaciones. Los comentarios de la entidad contratante y la interventoría a este respecto deberían centrarse en los incumplimientos. Debería evitar confirmaciones positivas de que el diseño es aceptable para la entidad contratante, ya que esto puede hacer que la entidad contratante “recupere” el riesgo de diseño que se ha transferido a la parte privada.

Otras aprobaciones necesarias durante la fase de construcción serán aquellas relacionadas con la aceptación de los trabajos y la puesta en marcha, y las relacionadas con los cambios en los contratos (*consulte la Parte B el Área de gestión 2. Gestión del cambio para obtener más información sobre la gestión de cambios*).

Al ejercer sus derechos de revisión y aprobación en virtud del Contrato APP, la entidad contratante debe:

- Seguir el proceso establecido en el contrato.
- Asegurarse de que tenga toda la información necesaria para llevar a cabo la revisión correctamente o considerar si se debe otorgar la aprobación; y si se requiere información adicional, debe solicitarla a la parte privada

- Si el tema es complejo o de naturaleza técnica, considerar si la entidad contratante debe contratar asesores para ayudarlo a realizar la revisión o considerar si se debe otorgar la aprobación.

Llevar a cabo la revisión o tomar una decisión sobre la aprobación con prontitud: una demora injustificada por parte de la entidad contratante puede resultar en una reclamación de alivio o compensación por parte de la parte privada (consulte la actividad más adelante).

l) Establecimiento de procesos y gestión de pagos durante construcción

En algunos contratos distintos a los de la Ley 1508 de 2012, podrán existir pagos durante la fase de construcción (usualmente de tipo subvención de capital⁷¹). En estos casos la entidad contratante debe cumplir con sus obligaciones de pago de acuerdo lo establecido en el contrato. No hacerlo tiene múltiples consecuencias:

La entidad contratante debe cumplir con sus obligaciones de pago. No hacerlo tiene múltiples consecuencias:

- La entidad contratante estaría incumpliendo el Contrato APP.
- Las percepciones de la solvencia crediticia de la entidad contratante pueden dañarse y afectar negativamente su capacidad para licitar con éxito futuras APP.
- El hecho de que la entidad contratante no realice un pago a la parte privada puede, a su vez, hacer que la parte privada incumpla sus obligaciones con los prestamistas. Esto puede tener consecuencias catastróficas para el proyecto.

Para garantizar que la entidad contratante cumpla con sus obligaciones de pago, su equipo de gestión de contratos debe:

- Asegurarse de que entiendan las obligaciones de pago en el Contrato APP
- Supervisar el progreso de la construcción, establecer un proceso para evaluar el progreso de la construcción (por unidades de construcción o según lo establecido en el contrato), y asegurarse de que tengan estimaciones precisas del monto y el calendario de los pagos a realizar (*consulte la Tarea h) Supervisión de la construcción más arriba para obtener más información sobre monitoreando el progreso de la construcción*)

Asegurarse de que los procesos internos necesarios estén implantados dentro de la entidad contratante para permitirle realizar los pagos cuando son requeridos, lo que incluye garantizar que el presupuesto necesario esté disponible. Estos procesos internos deben documentarse en el Manual de Gestión de Contratos.

⁷¹ El concepto de subvención o subsidio de capital se refiere a aportes públicos al proyecto a fondo perdido, es decir, que no deben ser devueltos (denominado “grant financing” a nivel global) y que no se configuran como una contraprestación por las operaciones, sino que su destino es contribuir a la financiación de las obras. En Contratos APP sujetos a la Ley 1508 no pueden existir tales pagos (El artículo 5 de la ley 1508 de 2012 establece que la remuneración al concesionario está sujeta a la disponibilidad de la infraestructura, el cumplimiento de niveles de servicio y estándares de calidad definidos en el contrato) si bien puede haber pagos por disponibilidad relativos a unidades funcionales mientras se avanza en la construcción de otros tramos o unidades funcionales. La administración de estos pagos se trata en el Área 2, dedicado en general a pagos durante la etapa de operación y mantenimiento (aunque sea operación parcial).

m) Gestión de reclamaciones (eventos de compensación y eventos eximentes).

Durante la fase de construcción, pueden ocurrir ciertos eventos para los cuales la parte privada tiene derecho a presentar una reclamación conforme al Contrato APP. Estos eventos generalmente se dividen en dos categorías:

- a) Algunos eventos pueden dar derecho a la parte privada a reclamar una extensión del tiempo dentro del cual se requiere que cumpla con obligaciones particulares en virtud del Contrato APP. Por ejemplo, si se requiere que la parte privada complete la construcción en una fecha específica, el Contrato APP puede establecer que la fecha de finalización se extenderá a una fecha posterior si ciertos eventos demoran la construcción. Estos eventos a menudo se conocen como "eventos de alivio"⁷².
- b) Algunos eventos pueden dar derecho a la parte privada a reclamar una compensación de la entidad contratante, además de una extensión de tiempo. Estos eventos a menudo se denominan "eventos de compensación".

A menudo, una reclamación de la parte privada es el resultado de que el contratista de construcción haga una reclamación similar al socio privado, sin embargo, el hecho de que el contratista de construcción pueda presentar una reclamación contra la parte privada no significa necesariamente que la parte privada tenga derecho a una reclamación contra la entidad contratante.

Si la entidad contratante recibe una reclamación de la parte privada, debe seguir los siguientes pasos:

1. El equipo de gestión de contratos de la entidad contratante debe informar la reclamación a la alta gerencia (y, si corresponde, a las agencias centrales en este caso a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado) a través de los acuerdos de gobernanza del proyecto. *Consulte la Parte A de la primera Sección de la Guía para obtener más información sobre los acuerdos de gobernanza.*
2. La entidad contratante debe analizar la reclamación para determinar si es una reclamación válida según el Contrato APP. Es decir:
 - a. La situación debe estar contemplada en el contrato o en la ley como evento de compensación o alivio.
 - b. La reclamación debe realizarse en la forma requerida en virtud del contrato y dentro de cualquier límite de tiempo aplicable en virtud del contrato.
 - c. Se deben cumplir las condiciones, si las hay, para tener derecho a compensación, incluida la obligación de mitigar las consecuencias del evento en la mayor medida posible (por ejemplo, si el evento ha retrasado las obras de construcción, el alivio o la compensación solo deben concederse en la medida en que el socio privado no haya podido evitar el retraso general aplicando las mejores prácticas y la debida diligencia).
 - d. La construcción de un proyecto es compleja y, por lo tanto, puede ser difícil separar el impacto de un evento de alivio o evento de compensación de otros factores que pueden

⁷² Se entiende como eventos generalmente están previstos en el contrato y establecen las condiciones bajo las cuales se puede aplicar un mecanismo de ajuste para compensar a la parte afectada.

afectar el proyecto y que no dan derecho a compensación o alivio. La entidad contratante debe buscar el asesoramiento de expertos externos cuando sea apropiado para desarrollar una opinión informada sobre el derecho de la parte privada con respecto a la reclamación.

3. Si una reclamación se considera válida, la entidad contratante debe asegurarse de que se sigan los procesos contractuales relevantes para confirmar el derecho de la parte privada, y debe calcular e implementar el alivio o compensación correspondiente. Esto incluirá:
 - a. acordar y aprobar la ocurrencia del evento de alivio o la pérdida,
 - b. acordar o definir el importe de la pérdida / impacto,
 - c. decidir que método de alivio o compensación se aplicará (de aquellos que contemple el contrato).
4. La implementación del alivio o compensación (pudiendo este último incluir, entre otros, un pago directo, una revisión de la tarifa, o del pago por disponibilidad, o ampliación del término del contrato si la pérdida requiere una inversión de capital y la entidad contratante solicita al socio privado que financie la pérdida). Debe tenerse en cuenta que los costos asociados al reconocimiento de un evento eximente de responsabilidad (daño emergente) suelen estar a cargo de la entidad contratante; el lucro cesante y cualquier otro impacto lo soporta usualmente el privado. En todo caso, debe revisarse y aplicarse lo establecido en el contrato.

La implementación incluye la definición del importe o valor de la compensación, para lo que se debe seguir el proceso de cálculo que defina el contrato.

5. En caso distinto a un pago directo, las partes deberán reflejar las variaciones o ajustes a los términos del contrato en un “otrosí” en el que conste de manera clara cómo se modifica este. Para estas modificaciones deberá atenderse a los límites cualitativos y cuantitativos previstos en el contrato y la regulación, aspecto tratado previamente en esta guía.

Si la reclamación es total o parcialmente inválida, la entidad contratante puede necesitar asesoría legal sobre la forma apropiada de respuesta a la parte privada, y debe desarrollar una estrategia de gestión adecuada si se espera que la parte privada persista con la reclamación, incluida la preparación y gestión de una posible disputa (*ver Área 6 en la Parte B de la Guía el Área de Gestión 6. Resolución de Conflictos para obtener más información sobre la preparación de la estrategia para la disputa*).

n) Gestión del desempeño deficiente de la parte privada y otros incumplimientos durante la fase de construcción.

En una APP, la parte privada generalmente solo recibe ingresos una vez que la infraestructura está en operación y los servicios están siendo prestados. Por lo tanto, la parte privada tiene un fuerte incentivo natural para completar la fase de construcción del proyecto en tiempo y forma, ya que los retrasos en la construcción pueden provocar una reducción del período de operación y reducir los ingresos totales del socio privado durante la vida del contrato⁷³. Sin embargo, la entidad contratante no debe confiar solo en

⁷³ Esto dependerá directamente de las estipulaciones contractuales definidas por los valores presentes de los meses de referencia. Con respecto al sector transporte se han evidenciado mecanismos como los VPIP ligados a los ingresos por peajes que mitigan directamente el riesgo comercial.

este incentivo como medio de gestión preventiva para abordar el riesgo de bajo desempeño e incumplimientos durante la fase de construcción. La entidad contratante debe utilizar activamente los mecanismos previstos en el contrato para abordar este riesgo de desempeño deficiente e incumplimiento.

Entre los mecanismos comúnmente incluidos en los contratos APP para abordar el bajo desempeño y el incumplimiento en la fase de construcción, más allá de la gestión proactiva de los riesgos mediante adecuado control para mitigar la probabilidad y el impacto del incumplimiento, se incluyen los siguientes:

- Sanciones o penalizaciones, que son pagaderos por la parte privada a la entidad contratante. Por lo general, estos están vinculados a un retraso en el cumplimiento de la fecha prevista para la finalización de la construcción, pero también pueden estar vinculados a otras infracciones del contrato, como la falta de presentación de informes adecuados u oportunos. El monto de cualquier sanción o penalización debe determinarse de acuerdo con el régimen de incumplimientos y penalizaciones descrito en el Contrato APP.
- Garantía de construcción, que generalmente toman la forma de una garantía bancaria a primera demanda que puede ser ejecutada por la entidad contratante cuando, por ejemplo, no se cumple la fecha prevista para la finalización de la construcción. Los ingresos obtenidos por la ejecución de la garantía se utilizan normalmente para cumplir con la obligación de la parte privada de pagar las sanciones y penalizaciones.
- Procesos de declaración del incumplimiento contractual, a través de los cuales la entidad contratante puede emitir un aviso de advertencia y exigir que la parte privada solucione el deficiente desempeño o el incumplimiento o proporcione un “plan de cura” que detalle cómo pretende remediar el problema. Si la parte privada no lo hace, el proceso predeterminado generalmente conlleva consecuencias más graves que incluyen, en última instancia, un derecho para que la entidad contratante rescinda anticipadamente el Contrato APP. *(para orientaciones sobre gestión de procesos de terminación anticipada ver Parte A del Área de Gestión 4.*

Si hay un desempeño deficiente o incumplimiento por parte de la parte privada durante la fase de construcción, la entidad contratante debe:

- Identificar y caracterizar el incumplimiento a fin de revisar el mecanismo o mecanismos contractuales (en su caso) disponibles para abordar el deficiente desempeño o el incumplimiento, identificando los mecanismos disponibles según el contrato para responder al deficiente desempeño o el incumplimiento en cuestión.
 - En función del tipo de incumplimiento el contrato deberá haber definido si procede la irrogación de multas, o una deducción en la remuneración, pero según la relevancia y naturaleza del incumplimiento podrá llegar a proceder a la terminación anticipada del contrato *(ver Parte B Área de Gestión 4. Planificación y contingencias; y Gestión de terminación anticipada por incumplimiento con relación con la gestión de este escenario en particular)*, si el incumplimiento afecta de manera grave la ejecución del contrato, de tal manera que se paralice la prestación del servicio, y/o podrá proceder a la aplicación de la cláusula penal. Se resalta que de acuerdo con el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, la declaratoria de incumplimiento, la imposición de multas y de cláusula penal debe estar precedida de un procedimiento administrativo reglado para su imposición, garantizando el derecho de defensa de la parte privada (procedimiento referido anteriormente).

- En algunas circunstancias podrá ser además procedente o conveniente la toma de control o intervención del proyecto (step-in de la administración), según lo dispuesto en el artículo 30 de la Ley 1508 de 2012 y, en todo caso, si así lo establece el Contrato APP.
- En el caso de eventos susceptibles de aplicación de multas, determinar el tipo de multa que puede proceder en función de su caracterización en contrato, y calcular su cuantía incluyendo la identificación de la duración del incumplimiento a esos efectos.
- En eventos susceptibles de ser considerados como incumplimiento grave, evaluar cuidadosamente los impactos potenciales del deficiente desempeño o del incumplimiento para determinar la importancia/gravedad real de la infracción, de manera que se respalde si el incumplimiento o deficiente desempeño constituye un incumplimiento grave susceptible de causal de terminación.
- Considerar / evaluar qué consecuencias puede tener la activación de los mecanismos disponibles o aplicables para el evento en cuestión: al hacerse esta pregunta, la entidad contratante debe considerar cualquier consecuencia para los acuerdos de financiamiento de la parte privada y el contrato de construcción, particularmente en el caso de eventos de incumplimiento grave.
- Revisar qué condiciones adicionales, si las hay, que deban cumplirse (por ejemplo, cumplimiento de un período de tiempo) antes de que la entidad contratante pueda activar estos mecanismos. Se destaca que estos procedimientos y tiempos buscan garantizar el derecho al debido proceso de la parte privada, con lo cual es esencial respetarlos (ver al final del apartado los procesos previstos por la legislación).
- Revisar / identificar que aprobaciones internas y/o de otras autoridades se requieren antes de activar cada uno de estos mecanismos.
- Considerar si se necesita / se debería contar con asesoramiento externo u otra asistencia se debe buscar antes de activar estos mecanismos.
- Determinar qué mecanismos deben activarse. Cuando la entidad contratante pueda tener diferentes cursos de acción alternativos debe determinar qué curso de acción proporcionará el mejor resultado para el sector público. En este sentido, hay que tener en cuenta que:
 - No todo desempeño deficiente o incumplimiento justifica necesariamente que la entidad contratante haga empleo de todos los recursos previstos en el contrato. La acción por seguir debe determinarse teniendo en cuenta en la relación general con la parte privada y en consideración de factores como la relevancia del incumplimiento, la fase o grado de avance del contrato etc.
 - En algunos casos, puede ser apropiado no tomar ninguna acción o no ejercer plenamente los derechos de la entidad contratante en virtud del Contrato APP. Sin embargo, no ejercer plenamente los derechos en virtud del Contrato APP puede tener consecuencias legales inesperadas. Por lo tanto, la entidad contratante debe buscar asesoramiento legal antes de tomar la decisión adoptar este enfoque.
 - El bajo desempeño o el incumplimiento por parte de la parte privada durante la fase de construcción, y la respuesta de la entidad contratante, pueden introducir una tensión

significativa en la relación APP. La comunicación transparente entre la entidad contratante la parte privada es la clave para manejar esta tensión.

Registrar adecuadamente las infracciones para tener un registro continuo de las infracciones y del rendimiento con el fin de hacer frente a las situaciones de infracción persistente.

Al tomar medidas en respuesta al incumplimiento la entidad contratante debe seguir el proceso descrito en el contrato y cualquier proceso requerido por la legislación, incluido el envío de cualquier notificación formal de incumplimiento que sea necesaria.

En todo caso, la entidad debe considerar: (i) los procedimientos establecidos en el Contrato APP para efectos de que la parte privada subsane sus incumplimientos y, (ii) en caso de que no sea posible su subsanación y proceda la imposición de multas, cláusula penal y terminación del contrato, la entidad debe atender un procedimiento administrativo contractual reglado para su imposición (previsto en la Ley 1474 de 2011), garantizando el derecho de defensa de la parte privada.

Este proceso comprende las siguientes etapas:

- Notificación formal de los cargos, a través de un escrito motivado y detallado, del que además se debe enviar copia al garante.
- otorgamiento de la oportunidad para rendir descargos y aportar pruebas,
- práctica de pruebas, si estas se decretan,
- emisión de una decisión motivada mediante resolución,
- posibilidad de interponer recurso de reposición y, en caso de interponerse,
- adoptar la decisión del recurso de reposición interpuesto mediante acto administrativo debidamente motivado.

Área 2. La Etapa de Operación y Mantenimiento

Parte C. Actividades específicas de cada etapa.

Área 1. La etapa preoperativa o preoperativa

Área 2. La etapa de operación y mantenimiento

Área 3. La etapa de reversión y salida

Objetivos

En los proyectos APP, la parte privada opera y mantiene la infraestructura durante toda la etapa de operación y mantenimiento del contrato. En algunos proyectos, la parte privada mantiene la infraestructura y puede proporcionar ciertos servicios operativos (como por ejemplo respuesta a accidentes en proyectos de transporte) o algunos servicios auxiliares (como seguridad y limpieza en algunos proyectos de infraestructura social), pero la entidad pública (la entidad contratante u otra entidad pública competente) retiene la operación del servicio (es decir, proporciona el servicio al usuario final o retiene las tarifas cobradas a los usuarios). Independientemente de quién opere la infraestructura o en su caso el servicio público asociado a esta⁷⁴, la entidad contratante debe gestionar el Contrato APP durante toda la etapa de operación y mantenimiento para garantizar la obtención de los beneficios esperados del proyecto.

Los objetivos de la gestión de contratos en la etapa de operación y mantenimiento son los siguientes:

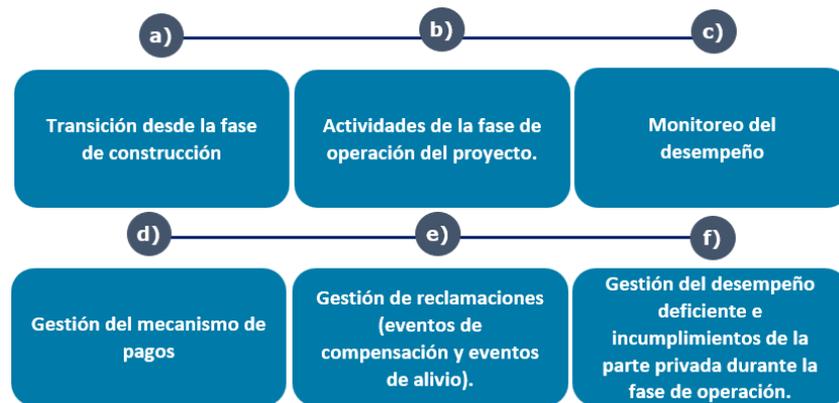
- Asegurar que el socio privado cumpla con sus obligaciones de mantener y (si corresponde) operar la infraestructura.
- Asegurar que la entidad contratante cumpla con sus obligaciones y ejerza sus derechos relativos a la supervisión de la etapa operativa.
- Gestionar las relaciones con los interesados para fomentar los resultados del proyecto.

Subtemas o Tareas a desarrollar

La Figura 16. Subtemas o Tareas a desarrollar durante la etapa de operación, proporciona un resumen de los temas o subtareas incluidos en esta área de gestión, los cuáles serán descritos en detalle a continuación:

⁷⁴ Por ejemplo, el servicio de salud o el de educación siguen siendo prestados por la entidad pública o un operador o agente público en una APP de este tipo de infraestructura.

Figura 16. Subtemas o Tareas a desarrollar durante la etapa de operación



a) Transición desde la fase de construcción

Durante la fase de construcción de una APP, gran parte de la atención se centra en terminar la construcción a tiempo y dentro del presupuesto. Si bien completar la construcción es una base importante para el éxito del proyecto, no es el objetivo principal y no es suficiente por sí solo para producir los beneficios del proyecto.

El éxito del proyecto depende en última instancia de los servicios proporcionados por el proyecto durante su fase operativa. Por lo tanto, la entidad contratante debe planificar de manera proactiva la transición de la fase de construcción a la de operación y mantenimiento para garantizar que esta transición sea fluida y que los beneficios del proyecto se produzcan.

El papel de la entidad contratante en la transición de la fase de construcción a la etapa de operación y mantenimiento depende de si es la parte privada o el sector público (a través de la entidad contratante o una agencia gubernamental relacionada) quién operará la infraestructura durante la o el servicio público en infraestructura social- etapa de operación y mantenimiento:

En una APP en la cual la parte privada es responsable de operar la instalación, la parte privada habrá designado a un contratista de operación y mantenimiento para este propósito. Durante la fase de construcción, la entidad contratante debe asegurarse de que la parte privada y su contratista de operación y mantenimiento planifiquen de manera adecuada la transición a las operaciones, y que esta actividad comience con la suficiente antelación.

Si la infraestructura operada por la parte privada forma parte de un sistema o red más amplio que es gestionado por la entidad contratante, la entidad contratante también deberá planificar por adelantado que la APP entre en funcionamiento y sus efectos en el sistema o red. Por ejemplo, en un proyecto APP de carretera de peaje, la entidad contratante deberá planificar por adelantado los cambios en los patrones de tráfico en la red vial circundante una vez que se abra la nueva carretera de peaje.

En una APP en la cual la entidad contratante, u otra entidad estatal, es responsable de operar la infraestructura o prestar el servicio conexo (por ejemplo, educación o salud), la entidad contratante debe desarrollar un plan de preparación operacional y de transición detallado mucho antes de que finalice la construcción. Si el operador será una agencia gubernamental relacionada, la entidad contratante debe trabajar juntamente con esta agencia para desarrollar la preparación operativa y el plan de transición. El plan debe incluir:

- Una estrategia para la contratación del personal para operar las nuevas instalaciones o para la transferencia de personal de otros sitios.
- Un plan de adquisición para la compra de cualquier equipo que deba ser proporcionado por la entidad contratante para su uso en la operación de la infraestructura.
- Planes de gestión del cambio para capturar las ganancias de eficiencia que se esperan lograr con las nuevas instalaciones.
- Familiarización del personal y, en su caso, usuarios con la nueva infraestructura.
- Procesos de comunicación para garantizar que los grupos de interés relevantes reciban información oportuna sobre el proyecto que entra en su etapa de operación y estén preparados adecuadamente para esto.

La transición de la fase de construcción a la fase de operación también es un punto en el que puede haber cambios significativos en el personal involucrado en el proyecto. Esto puede incluir cambios en el equipo de gestión de contratos, por ejemplo, los miembros del equipo con experiencia en ingeniería que han estado monitoreando el progreso de la construcción pueden ser reemplazados por miembros del equipo con experiencia en prestación de servicios que supervisarán el desempeño operacional del proyecto. Estos cambios en el equipo de gestión de contratos deben gestionarse a través de los procesos de planificación de sucesión de la entidad contratante. *Consulte la Parte B. Área de Gestión 5. Gestión del Conocimiento e Información, Planeación de la Sucesión para obtener más información sobre la planificación de la sucesión.*

b) Actividades de la etapa de operación y mantenimiento del proyecto.

Las siguientes actividades clave normalmente ocurren durante la etapa de operación y mantenimiento de un Contrato APP:

- La parte privada mantiene la infraestructura y proporciona servicios auxiliares (como limpieza y seguridad).
- Ya sea la parte privada o la entidad pública (a través de la entidad contratante o una agencia gubernamental relacionada) opera la infraestructura.
- La entidad contratante supervisa el desempeño de la parte privada, realiza las revisiones y considera cualquier solicitud de aprobación o autorización por la parte privada en virtud del Contrato APP.
- La entidad contratante realiza los pagos requeridos a la parte privada.
- La entidad contratante gestiona las reclamaciones de la parte privada
- La entidad contratante vela por el cumplimiento de las obligaciones por parte de la parte privada y toma las medidas necesarias en caso de falla o incumplimiento.
- La entidad contratante gestiona los cambios, controla/supervisa los compromisos fiscales e informa a las agencias centrales, planifica los eventos inesperados y responde

si ocurren, gestiona el conocimiento y la información, y gestiona cualquier disputa que surja. *Estos temas generales de gestión se discuten en la Guía.*

Durante esta fase, el equipo de gestión de contratos de la entidad contratante tiene una carga regular de trabajo en relación con sus actividades de monitoreo y administración de pagos. Pero la carga de trabajo del equipo puede aumentar significativamente en respuesta a episodios concretos relativos a eventos específicos como cambios, eventos inesperados o disputas. La entidad contratante debe estar preparada para contar con recursos adicionales para la gestión del contrato cuando ocurren estos eventos. *Consulte la Parte A Sección 2 configurando el equipo de la Guía para obtener más información sobre los recursos del equipo de gestión de contratos.*

c) Monitoreo del desempeño

La entidad contratante debe monitorear de manera continua si la parte privada cumple con los requisitos de operación y mantenimiento del Contrato APP. Esto también afectará directamente el cálculo de los pagos que se realizarán en los proyectos que incluyen aportes de recursos públicos (*consulte la Tarea d) Gestión del mecanismo de pagos a continuación*) y puede dar lugar a que la entidad contratante identifique incumplimientos del contrato y establezca las sanciones correspondientes (*consulte la Tarea f) Gestión del desempeño deficiente e incumplimientos de la parte privada durante la etapa de operación y mantenimiento.*

La entidad contratante debe implementar adecuadamente el operativo de monitoreo desde el inicio mismo de la etapa de operación.

Las actividades de monitoreo de la etapa de operación de la entidad contratante deben ser acordes a las necesidades del proyecto y a los requerimientos establecidos en el Contrato APP. Estas actividades incluyen típicamente:

Realizar las inspecciones y actividades de seguimiento previstas mediante las interventorías y revisar los informes correspondientes.

Revisar los informes de desempeño proporcionados por la parte privada (en algunas APP, la parte privada puede estar obligada a recopilar la información sobre su propio desempeño y proporcionar regularmente estos informes a la entidad contratante).

Realizar auditorías y chequeos puntuales del desempeño de la parte privada en tales casos (cuando la parte privada informa sobre su propio desempeño, la entidad contratante debe realizar auditorías y verificaciones puntuales aleatorias para verificar la fiabilidad de la información proporcionada por la parte privada).

Asistir a las reuniones operativas con la parte privada para discutir el desempeño.

Revisar los comentarios / reacciones recibidas de los usuarios o beneficiarios del Proyecto.

El monitoreo también debe incluir el monitoreo financiero de la posición financiera de la parte privada (por ejemplo, estar perfectamente al corriente de la evolución de sus ingresos por tarifa), de los contratos de financiamiento y de los pagos por la parte privada a sus contratistas de operación y/o mantenimiento.

La entidad contratante debe asegurarse de que la parte privada tenga implementados planes y manuales de operación y mantenimiento, y los actualice prontamente para reflejar cualquier cambio que ocurra a lo largo de la vida de la APP. La parte privada debe proporcionar copias de estos planes y manuales a la

entidad contratante. Esto es crítico porque estos planes y manuales son esenciales para que la entidad contratante pueda asumir las operaciones de la infraestructura al vencimiento o terminación anticipada del Contrato APP, o en el caso de que sea necesaria una intervención del contrato.

Dada la naturaleza a largo plazo de la mayoría de las APP, además de su monitoreo regular, la entidad contratante también debe llevar a cabo evaluaciones generales del proyecto y del contrato de manera periódica. Estas evaluaciones pueden tener dos objetivos:

Las evaluaciones periódicas son una forma de monitorear el proyecto para evaluar su idoneidad general para alcanzar el propósito e identificar cómo puede adaptarse a un entorno cambiante (como los cambios en los requisitos de la entidad contratante).

Las evaluaciones periódicas son una forma de verificar si la parte privada está realmente prestando los servicios requeridos y evaluar su eficiencia al hacerlo.

La entidad deberá verificar la veracidad de los datos proporcionados por el privado de manera periódica para lo que se suele recurrir al interventor de acuerdo con las condiciones que así se establezcan en el contrato. Así mismo, es habitual que durante la etapa de operación y mantenimiento habrá intervenciones de ampliación, mantenimiento mayor o reposiciones que requerirán de una mayor intensidad de las tareas de monitoreo para supervisar esas obras, por lo cual es importante planificar los recursos y capacidades requeridas para llevar a cabo estas labores.

d) Gestión del mecanismo de pagos

Muchos Contratos APP requieren que la entidad contratante realice pagos a la parte privada durante la de operación y mantenimiento del proyecto. Este es el caso en el que la única fuente de pago sean los aportes de recursos públicos, o también, en las APP cuya fuente corresponde al pago proveniente de la explotación económica del mismo, por ejemplo, si la brecha de viabilidad se va a cubrir con pagos por servicio complementarios a la tarifa.

Los pagos de la entidad contratante a la parte privada se realizan normalmente en un ciclo regular, generalmente mensual, trimestral o semestral. El Contrato APP generalmente requerirá que la parte privada emita una factura a la entidad contratante al final de cada período de pago contractual especificado.

El contrato también establecerá el mecanismo de pago, destacando el monto base del pago, cualquier ajuste automático (por ejemplo, ajustes para variables macroeconómicas como la inflación) y el cálculo de las deducciones por desempeño deficiente o incumplimiento. Algunos mecanismos de pago pueden ser complejos y es fundamental que el equipo de gestión de contratos los entienda plenamente.

El contrato generalmente requerirá que la entidad contratante realice el pago correspondiente dentro de un período de tiempo específico luego de recibir una factura correctamente emitida por la parte privada.

La entidad contratante debe cumplir con sus obligaciones de pago. No hacerlo tiene múltiples consecuencias:

La entidad contratante está incumpliendo el Contrato APP.

Las percepciones de la solvencia crediticia de la entidad contratante pueden dañarse y afectar negativamente su capacidad para licitar con éxito futuras APP.

El hecho de que la entidad contratante no realice un pago a la parte privada puede, a su vez, hacer que la parte privada incumpla sus obligaciones con los prestamistas. Esto puede tener consecuencias catastróficas para el proyecto.

Para garantizar que la entidad contratante cumpla con sus obligaciones de pago, su equipo de gestión de contratos debe:

Asegurarse de que entiendan las obligaciones de pago previstas en el Contrato APP

Establecer los procesos internos necesarios para que la entidad contratante pueda calcular o validar los pagos, las deducciones y los ajustes necesarios. Estos procesos internos deben documentarse en el Manual de Gestión de Contratos. A menos que el mecanismo de pago sea muy simple, la entidad contratante debe desarrollar un modelo de pago con el fin de calcular o validar los pagos, las deducciones y los ajustes. Consulte la sección 3 de la Parte A Manual de Gestión de Contratos y otras herramientas de la Guía para obtener más información sobre los modelos de pago.

Asegurarse de que están debidamente establecidos y operativos los procesos internos necesarios dentro de la entidad contratante para que esta pueda efectuar los pagos en las fechas que procede. Estos procesos internos también deben documentarse en el Manual de Gestión de Contratos.

e) Gestión de reclamaciones

Durante la etapa de operación y mantenimiento, pueden ocurrir ciertos eventos para los cuales la parte privada tiene derecho a presentar una reclamación conforme al Contrato APP. Como fue el caso durante la fase de construcción, estos eventos generalmente se dividen en dos categorías:

Pueden ocurrir eventos eximentes de responsabilidad, entendidos como circunstancias fuera del control razonable de la parte que solicita su reconocimiento y que afectan en forma sustancial y adversa el cumplimiento de las obligaciones previstas en el Contrato. Cuando las partes concluyan y declaren el reconocimiento de su ocurrencia, la parte afectada quedará relevada de cumplir las obligaciones afectadas, o el incumplimiento conexo al evento no será considerado a efectos de penalizaciones (o deducciones en el caso de pagos por servicio)

Puede haber eventos que impliquen una pérdida a la parte privada para los que el contrato contemple que ésta puede reclamar una compensación de la entidad contratante, además de un alivio o eximente de obligación cuando y mientras el evento pueda impedir el cumplimiento de los requerimientos de servicio. Estos eventos se denominan en la práctica internacional como “eventos de compensación”. Estos eventos pueden suponer la necesidad de una inversión no prevista o un mayor coste en general, o, en contratos que incluyen el derecho a cobro a los usuarios, ser eventos que estando fuera del control de la parte privada impiden dicho cobro o que generen ausencia o pérdida de ingresos.

Una reclamación de la parte privada puede ser el resultado de que el contratista de operación y mantenimiento (u otro contratista designado por la parte privada) haga una reclamación similar a la parte privada, sin embargo, el hecho de que un contratista pueda presentar una reclamación contra la parte privada no necesariamente significa que la parte privada tenga derecho a elevar una reclamación a la autoridad de contratante.

Si la entidad contratante recibe una reclamación de la parte privada, los pasos que debe seguir deben de ser consistentes con los pasos que se aplicaron en la fase de construcción:

El equipo de gestión de contratos de la entidad contratante debe informar de la reclamación a la alta gerencia (y, si corresponde, a las agencias centrales) a través de los acuerdos o disposiciones de la gobernanza del proyecto. Consulte el Acuerdos de Gobernanza para obtener más información sobre los acuerdos de gobernanza.

La entidad contratante debe analizar la reclamación para asegurarse de que sea una reclamación válida según el Contrato APP. Es decir:

El evento debe estar dentro de una de las categorías definidas en el contrato o previstas en la ley como un evento de compensación o alivio.

La reclamación debe realizarse en la forma requerida en virtud del contrato y dentro del límite de tiempo aplicable en virtud del contrato.

Se deben cumplir las condiciones, si las hay, para tener derecho a una compensación o alivio, incluida la obligación de mitigar las consecuencias del evento en la mayor medida posible (por ejemplo, si el vandalismo es un evento de compensación, la compensación solo debe ser otorgada si el socio privado cumplió con sus obligaciones de tratar de evitar en lo posible tales eventos o minimizar las pérdidas, por ejemplo, mediante la vigilancia adecuada del sitio y el almacenamiento y protección adecuada de materiales sensibles al vandalismo)⁷⁵.

Un proyecto APP en operación puede ser muy complejo y, por lo tanto, puede ser difícil separar el impacto de un evento de alivio o evento de compensación de otros factores que afectan el proyecto. La entidad contratante debe buscar el asesoramiento de expertos externos cuando sea apropiado para desarrollar una opinión fundamentada sobre el derecho de la parte privada con respecto a la reclamación.

Si una reclamación es válida, la entidad contratante debe garantizar que se sigan los procesos contractuales pertinentes para confirmar el derecho de la parte privada y para realizar el pago de la compensación que sea necesario.

Si la reclamación es total o parcialmente inválida, la entidad contratante debe buscar asesoramiento legal sobre la forma apropiada de dar respuesta a la parte privada, y debe desarrollar una estrategia de gestión adecuada si se espera que la parte privada persista en la reclamación.

f) Gestión del desempeño deficiente e incumplimientos de la parte privada durante la etapa de operación y mantenimiento.

En una APP, los ingresos de la parte privada durante la etapa de operación y mantenimiento están vinculados a su desempeño, y podrá haber deducciones a la remuneración cuando se incumplan los indicadores de calidad del servicio establecidos en el Contrato APP. Por lo tanto, la parte privada tendrá un fuerte incentivo natural para cumplir con sus obligaciones durante la etapa de operación y mantenimiento del proyecto. Sin embargo, la entidad contratante no debe confiar solo en este incentivo para abordar el riesgo de bajo desempeño e incumplimientos durante la etapa de operación y mantenimiento. La entidad contratante debe utilizar activamente los mecanismos previstos en el contrato para abordar el desempeño deficiente y el incumplimiento.

⁷⁵ Al igual que con estos eventos durante la fase de construcción, la definición de las condiciones generales para que un evento se califique como alivio o compensación, como el que se cita como ejemplo, se deben establecer claramente en el contrato.

El enfoque utilizado por la entidad contratante para tratar con el bajo desempeño y el incumplimiento de la parte privada al inicio de la etapa de operación establece la base y las expectativas del comportamiento posterior. Por lo tanto, la entidad contratante debe responder adecuadamente a cualquier deficiente desempeño o incumplimiento desde el inicio de la etapa de operación.

Los mecanismos comúnmente incluidos en los contratos APP para abordar el desempeño deficiente y el incumplimiento en la etapa de operación, más allá de la gestión proactiva de los riesgos para mitigar la probabilidad y el impacto del incumplimiento, a menudo difieren de los de la fase de construcción. En la etapa de operación, en el contexto de APPs basadas únicamente (o principalmente) en aportes de recursos públicos, las sanciones/penalizaciones se utilizan con menos frecuencia, ya que las deducciones en los pagos de la entidad contratante logran el mismo resultado financiero con menos dificultad. La ejecución de las garantías es también menos común en la etapa de operación y mantenimiento que, en la fase de construcción, pero pueden estar disponibles para la entidad contratante en algunos proyectos. Además de esto, el contrato puede contemplar que, durante la etapa de operación y mantenimiento, la entidad contratante tenga derecho de aplicar una mayor supervisión o supervisión reforzada del desempeño a coste del socio privado⁷⁶, generalmente cuando existen incumplimientos persistentes o cualquier otra evidencia de que los sistemas de gestión de calidad del socio privado no están trabajando con eficacia y fiabilidad.

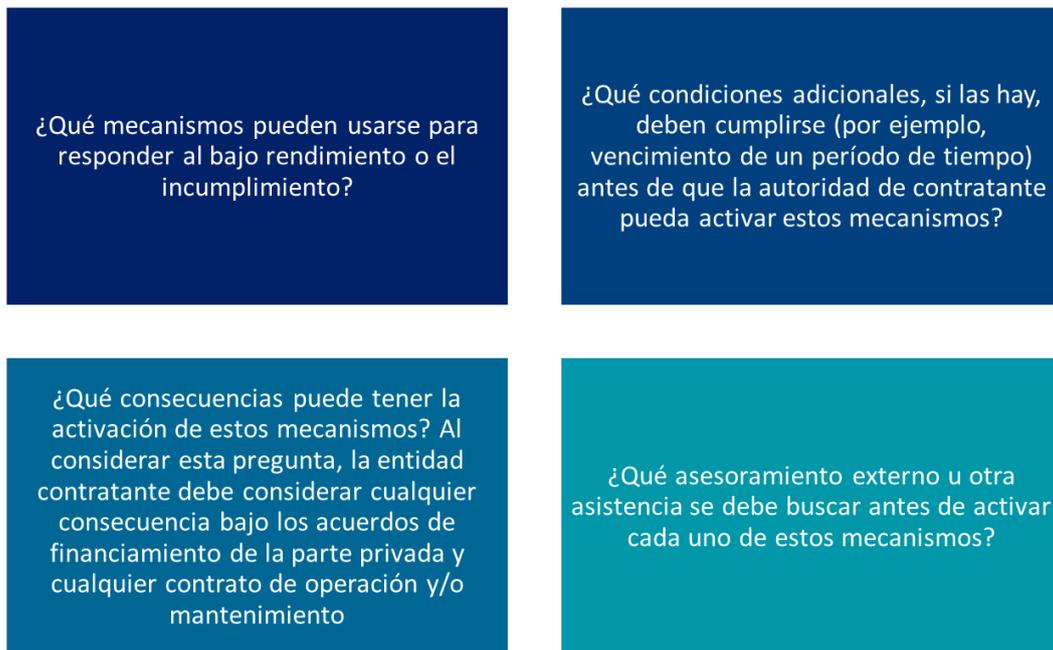
Por otra parte, cuando hay un incumplimiento material de alguna obligación de carácter esencial, es probable que se aplique un proceso por incumplimiento previsto en el Contrato APP. El proceso por incumplimiento también se puede aplicar adicionalmente a las deducciones de pago, siempre que persiste un problema por el cual se aplican las deducciones de pago durante un período prolongado o si existen diversos problemas de este tipo dentro de un período de tiempo definido (esto se conoce como infracciones persistentes). El proceso de incumplimiento generalmente permite que la entidad contratante exija que la parte privada solucione el bajo rendimiento o el incumplimiento (o proporcione un “plan de cura” en el que de detalle de cómo pretende remediar el problema). Si la parte privada no lo hace, el proceso predeterminado generalmente conlleva consecuencias más graves que incluyen, en última instancia, un derecho para que la entidad contratante rescinda el Contrato APP.

Si hay un desempeño deficiente o un incumplimiento por parte de la parte privada durante la etapa de operación, los pasos que debe tomar la entidad contratante deben de ser consistentes con los pasos que se aplicaron en la fase de construcción:

Caracterizar el incumplimiento y revisar los mecanismos contractuales disponibles para abordar el bajo rendimiento o el incumplimiento, identificando lo siguiente:

⁷⁶ No estando presente este mecanismo en los contratos existentes, se recomienda considerar su incorporación en futuros contratos para ampliar las herramientas de gestión frente al mal desempeño.

Figura 17. Consideraciones para la revisión de incumplimientos



- Evaluar los impactos potenciales del desempeño deficiente o del incumplimiento y determinar la importancia de la infracción (para identificar en qué categoría contractual se encuentra el desempeño deficiente o el incumplimiento en términos del nivel de la multa).
- Determinar qué mecanismos deben activarse.

La entidad contratante puede tener una serie de alternativas para proceder. En esta situación, debe determinar qué curso de acción proporcionará el mejor resultado para la entidad pública y a la comunidad en general.

Al tomar medidas en respuesta a la infracción, la autoridad de contratante debe seguir el proceso descrito en el contrato y cualquier proceso requerido por la legislación, incluido el suministro de cualquier notificación formal por incumplimiento que sea necesaria.

No todo desempeño deficiente o incumplimiento justifica necesariamente que la entidad contratante utilice todos los recursos previstos en el contrato. La acción tomada debe determinarse a la luz de la relación general con la parte privada.

En algunos casos, puede ser apropiado no tomar ninguna acción o no ejercer plenamente los derechos de la entidad contratante en virtud del Contrato APP. Sin embargo, no ejercer plenamente los derechos en virtud del Contrato APP puede tener consecuencias legales inesperadas. Por lo tanto, la entidad contratante debe buscar asesoramiento legal antes de tomar la decisión adoptar este enfoque.

Registrar adecuadamente las infracciones para tener un registro continuo de las infracciones y del rendimiento con el fin de hacer frente a las situaciones de infracción persistente.

El bajo desempeño o el incumplimiento por parte de la parte privada durante la etapa de operación y mantenimiento, y la respuesta de la entidad contratante, pueden introducir una tensión significativa en

la relación APP. Este es particularmente el caso en el que el problema persiste durante un período prolongado de tiempo, o se reducen significativamente los resultados del servicio y los beneficios producidos por el proyecto. La comunicación transparente entre la autoridad de contratante y la parte privada es la clave para manejar esta tensión.

Área 3. Etapa de Reversión y salida

Parte C. Actividades específicas de cada etapa.

Área 1. La etapa preoperativa

Área 2. La etapa de operación y mantenimiento

Área 3. La etapa de reversión y salida

Objetivos

En la mayoría de los proyectos APP, la parte privada revierte la infraestructura a la entidad contratante al vencimiento del contrato o cuando se produzca su terminación anticipada. La entidad contratante dispondrá entonces como gestionar la operación y mantenimiento de la infraestructura.

Los objetivos de la entidad contratante durante el proceso de reversión y la “salida” son los siguientes:

- Garantizar que la entidad contratante reciba la infraestructura de la parte privada en las condiciones requeridas en el Contrato APP.
- Administrar una transición sin problemas hacia los nuevos acuerdos de operación y mantenimiento de la infraestructura.

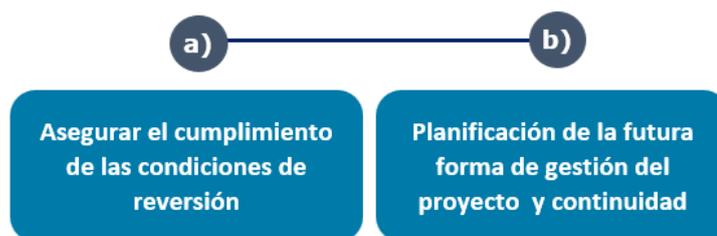
Al gestionar de manera efectiva el cumplimiento de las condiciones de reversión y la continuidad de la operación después de la entrega, la entidad contratante garantiza que la entrega de servicios a los usuarios y a la comunidad no se vea afectada por el Contrato APP que está llegando a su fin. Como resultado, el proyecto continúa brindando beneficios más allá de la vida del contrato.

La mayor parte de las cuestiones de gestión de la finalización del contrato y reversión son inherentes a la gestión interna de la administración y no tendrán reflejo en el contrato sino en el respectivo plan de salida, salvo por algunas cuestiones muy concretas (gestión de la propiedad intelectual por ejemplo y en especial proceso de reversión del activo con verificación del cumplimiento de las condiciones de este según se establece en el contrato).

Subtemas o Tareas a desarrollar

La Figura 18. Subtemas o Tareas a desarrollar durante el proceso de reversión y salida, proporciona un resumen de los temas o tareas incluidas en esta área de gestión, los cuáles serán descritas en detalle a continuación:

Figura 18. Subtemas o Tareas a desarrollar durante el proceso de reversión y salida



a) Asegurar el cumplimiento de las condiciones de reversión.

De acuerdo con el artículo 31 de la Ley 1508 de 2012, en los Contratos APP se deben especificar los bienes muebles e inmuebles del Estado o de los particulares afectos a la prestación del servicio o a la ejecución del proyecto, que revertirán al Estado a su terminación y las condiciones en las que debe efectuarse dicha entrega.

En esa medida, el Contrato APP debe incluir un proceso que se active en los últimos años del contrato para garantizar que la parte privada cumpla con las condiciones de reversión, y no esperar a la finalización del mismo para verificar el grado de su cumplimiento. Los contratos distintos a los sujetos a la Ley 1508, deberían también incorporar estos procesos.

Este proceso busca garantizar y monitorear que la parte privada invierte las cantidades que resulten necesarias para que la infraestructura cumpla las condiciones técnicas previstas al momento de la entrega de la misma a la finalización del contrato. El proceso normalmente incluye los siguientes pasos:

El contrato puede exigir a la parte privada que deposite fondos en una cuenta de reserva a la que solo se puede acceder para financiar los trabajos de reinversiones para la reversión a realizar durante estos los años del contrato de concesión.

Varios años antes de la finalización programada del contrato⁷⁷ (o tan pronto como sea posible en caso de terminación anticipada), se realiza una auditoría técnica para evaluar el estado de la infraestructura.

Sobre la base del resultado de la auditoría técnica, se requiere que la parte privada presente un plan de reinversiones revisado, estableciendo cualquier actividad requerida para cumplir con las condiciones de reversión, adicional a los planes de mantenimiento preexistentes de la parte privada. Este plan y la auditoría técnica generalmente se actualizarán anualmente.

El contrato generalmente establece un mecanismo financiero para garantizar que la parte privada realice los trabajos necesarios para cumplir con las condiciones de reversión o (si esto no ocurre) para compensar a la entidad contratante por el incumplimiento de esas condiciones de reversión.

En función de los resultados de la auditoría técnica se debe instar a la parte privada a dotar mayores cantidades a la reserva de reversión, en su caso.

En proyectos cuya única fuente de pago es el aporte de recursos públicos, el contrato debería permitir que la entidad contratante retenga una parte de los pagos anuales y los deposite directamente en dicho fondo de reserva, hasta que de manera que la dotación de los fondos sea la suficiente para realizar las reinversiones previstas según la auditoría técnica según el plan de mantenimiento extraordinario / reinversiones revisado.

El contrato puede requerir que la parte privada otorgue una garantía adicional específica (generalmente en forma de una garantía bancaria) que la entidad contratante puede ejecutar para compensar cualquier incumplimiento por parte de la parte privada de las condiciones de reversión.

⁷⁷ Varias fuentes globales establecen iniciar este proceso 5 años antes de la finalización del contrato.

Para gestionar adecuadamente el proceso para garantizar el cumplimiento de las condiciones de reversión, la entidad contratante debe:

Planificar con antelación la auditoría técnica para asegurarse de que sea exhaustiva y se realice en el momento adecuado antes de la expiración del contrato.

Controlar de cerca el cumplimiento por la parte privada del plan de reinversiones revisado, idealmente mediante inspecciones anuales.

Si es necesario, utilizar el mecanismo previsto en el contrato para asegurarse de que la parte privada realice el trabajo necesario para cumplir con las condiciones de reversión o se compense a la entidad contratante por el incumplimiento de dichas condiciones.

Las cantidades que puedan quedar en la reserva de inversiones para la reversión una vez se finalicen los trabajos de esta a satisfacción, es retenida/rescatable por el socio privado.

Una vez se verifiquen las anteriores condiciones, la parte privada debe elaborar un inventario de los bienes y su correspondiente valoración y, remitir dicho inventario para validación de la interventoría y la entidad contratante. Una vez acordado este inventario, se procederá a realizar la entrega de la infraestructura y se suscribirá la correspondiente acta entre las partes.

b) Planificación de la futura forma de gestión del proyecto (definición de la estrategia de salida) y garantizar la continuidad de las operaciones después de la reversión

Si existe (como es usual) una necesidad continuada de la infraestructura y los servicios asociados, la entidad contratante debe garantizar la continuidad de la operación y el mantenimiento de la infraestructura después de la reversión, mediante la debida planificación e idealmente bajo una opción de gestión y tipo de contrato en su caso que ofrezca el mayor valor por dinero.

Por lo general, hay una gama de opciones disponibles para la entidad contratante. Las opciones incluyen típicamente:

- La entidad contratante puede asumir la responsabilidad de prestar los servicios que actualmente realiza la parte privada (la operación y el mantenimiento de la infraestructura).
- La entidad contratante puede realizar un proceso de selección para contratar la ejecución de estos servicios que actualmente realiza la parte privada en virtud de un nuevo contrato (dependiendo de las características, podría ser mediante un Contrato APP o mediante un contrato de prestación de servicios o de obra).

En el caso de un proyecto en función del pago de tarifas por parte de los usuarios, y que ya fuese o se entienda que ahora es autosostenible financieramente (“aprovechamiento de activos”), se necesitará una valoración financiera del proyecto.

Por lo general, aún si fuese posible atendiendo los límites de prórrogas y adiciones al Contrato APP al que nos hemos referido anteriormente, la posible opción consistente en negociar directamente con la parte privada para que continúen en sus funciones a través de una adición al contrato inicial siempre y cuando se mantenga una buena relación de valor por dinero, como opción provisional de corto plazo para en su caso permitir una transición ordenada a la nueva etapa de operación de la infraestructura.

La definición última de la opción más idónea dependerá de diversos factores como el estado de la infraestructura al momento de la reversión, la necesidad o no de inversiones en mejoras o ampliaciones de la infraestructura (y su posible urgencia o ausencia de esta), el apetito del mercado por el proyecto, o las posibles restricciones fiscales, entre otros.

Algunos de estos factores no podrán ser evaluados en plenitud hasta fechas más cercanas a la terminación del plazo contractual o cuando se anticipe que se debe o se quiere proceder a una terminación anticipada, pero se debe tratar de anticipar desde mucho antes este análisis estableciendo en lo posible preferencias y una estrategia preliminar.

Además, se deberá planificar los trabajos de evaluación/revisión a posteriori de desempeño del proyecto para capturar lecciones aprendidas, y la implementación de los procesos de reversión, entre otros trabajos de cierre de proyecto.

La entidad contratante debe contar por tanto con un plan o estrategia de salida y transición hacia la nueva forma de gestión desde etapas tempranas de la etapa de operación y mantenimiento.

La estrategia de salida debe ser revisada en diferentes puntos durante la fase de ejecución y modificada según sea necesario para asegurar en todo caso que existan planes sólidos con tres años de antelación (Guía CP3P) a la expiración del plazo del proyecto.

La estrategia de salida debe incluir:

Un análisis de las opciones para continuar el servicio después de la terminación o vencimiento, y una recomendación inicial sobre la opción preferida.

Una estimación de los recursos y personal que la institución destinará a la gestión de la estrategia de salida.

Planes para realizar:

- Un análisis de las condiciones actuales del mercado para cualquier potencial nuevo contrato de operación y/o mantenimiento de la infraestructura.
- En los proyectos de pago por el usuario, análisis del nivel de posible exceso de viabilidad del proyecto⁷⁸, incluyendo una estimación del valor potencial de los beneficios proyectados y un rango del valor que un inversor podría estar dispuesto a pagar.
- Una auditoría técnica del estado de la infraestructura (esto debe ser cubierto por la auditoría técnica realizada para asegurar el cumplimiento de las condiciones de reversión). El resultado de esta revisión/auditoría produce información a incluir en la nueva licitación de contrato en su caso.
- La entidad contratante debe identificar sus necesidades futuras de servicio y la mejor forma de desarrollarlas, incluyendo la identificación de la infraestructura necesaria para respaldar tal demanda servicios. Este análisis debe determinar el rol que la infraestructura actual juega para cumplir con estas necesidades futuras de servicio

⁷⁸ Se refiere a la potencialidad de un proyecto para generar beneficios que superen significativamente las expectativas iniciales establecidas en la fase de planificación.

después de la terminación del contrato. El análisis debe incluir la consideración de si se requieren o se espera que se requieran modificaciones o ampliaciones de la infraestructura.

Planes para organizar la revisión *expost* del proyecto (a realizar dentro de los seis meses siguientes a la fecha de vencimiento o terminación), que deberá incluir:

- La evaluación del desempeño brindado por la parte privada.
- Las lecciones aprendidas del contrato que expira (o se termina anticipadamente).

El plan de implementación del proceso de reversión establecido en el acuerdo de APP.

Planes para hacer frente a las implicaciones de cualquier transferencia de empleados de la parte privada a la institución o a un organismo sucesor.

Planes para un evento de cierre para celebrar los logros del proyecto y preparar al personal de gestión del acuerdo de APP para su nuevo rol.

La estrategia deberá desarrollarse de acuerdo con los marcos gubernamentales que generalmente se aplican a las decisiones sobre la operación de infraestructuras y la prestación de servicios. En particular, si la estrategia preferida es la operación por el sector privado a través de un nuevo Contrato APP, se deben seguir los mismos procesos que para cualquier nuevo proyecto APP.

La entidad contratante deberá entonces buscar la aprobación de la autoridad competente y los recursos presupuestarios para implementar la estrategia, y cualquier recurso adicional requerido para gestionar la transición hacia la nueva gestión.

Tras la aprobación, la entidad contratante debe gestionar la transición a los nuevos contratos de acuerdo con la estrategia.

El desarrollo e implementación de la estrategia para la continuidad de las operaciones requerirá un trabajo significativo. Es posible que el equipo de gestión de contrato para la etapa de operación no tenga la capacidad para realizar este trabajo además de continuar con sus funciones regulares de gestión. La entidad contratante deberá considerar si se debe ampliar el equipo de gestión de contratos para que tenga la capacidad tanto para su trabajo regular como para el desarrollo y la implementación de la estrategia, o si deberá mejor establecer un equipo separado para desarrollar e implementar la estrategia.

Apéndice I. Gestión del cierre comercial: desde la adjudicación a la suscripción del contrato

Objetivo

El objetivo de la gestión de esta fase es controlar que las condiciones precedentes para la firma del contrato se cumplan, de manera que se pueda celebrar el Contrato APP en el menor término posible y dar inicio con su ejecución.

Subtemas o Tareas a desarrollar

La Figura 19. Subtemas o Tareas a desarrollar durante la gestión del cierre comercial, proporciona un resumen de los temas o subtareas incluidos en esta área de gestión, los cuáles serán descritos en detalle a continuación:

Figura 19. Subtemas o Tareas a desarrollar durante la gestión del cierre comercial



a) Satisfacción de las condiciones precedentes

Antes de que expire el plazo definido al respecto en el pliego de condiciones, el proponente seleccionado deberá cumplir con ciertas condiciones previamente establecidas en el pliego.

Las siguientes condiciones son típicas:

- Proveer los documentos originales, traducciones o legalizaciones de los documentos que se entregaron en la oferta, siempre que este tipo de requisitos no fueran previstos como obligatorios para la fecha de presentación de la oferta. En ocasiones, se traslada la obligación de proveer originales, traducciones y legalizaciones a esta etapa para evitar que los aspectos formales retrasen la evaluación y adjudicación de los proyectos.
- El proponente seleccionado debe, cuando así se exija legal o contractualmente, constituir una nueva compañía, conocida como Sociedad de Propósito Especial (SPE, SPV por sus siglas en inglés “*Special Purpose Vehicle*”). El SPV será quien asuma las obligaciones derivadas del contrato desde la fecha de su firma.
- La SPV deberá contar con el respectivo registro tributario (Número de Identificación Tributaria - NIT y Registro Único Tributario -RUT).
- Debe verificarse que el representante legal de la SPV cuente con facultades suficientes para suscribir el Contrato APP; en caso de tener alguna limitación, deberá aportarse el acta de junta directiva o asamblea de accionistas donde se levante tal limitación.
- El SPV deberá constituir las garantías bajo los términos requeridos en el Contrato APP, incluyendo la garantía única de cumplimiento, la póliza de responsabilidad civil extracontractual, entre otras. Si bien la emisión de las garantías se realiza con posterioridad a la firma, ya que deben ser emitidas por el SPV, el proponente

seleccionado debe proporcionar antes de la firma pruebas de que éstas están inmediatamente disponibles para su emisión a la firma de contrato.

La entidad contratante debe establecer procesos para verificar que las condiciones precedentes han sido acreditadas. Estos controles generalmente incluirán la verificación de los siguientes aspectos:

Preparar la minuta contractual definitiva para firma. Usualmente, esta gestión consiste en diligenciar los espacios en blanco de la minuta adjunta a los pliegos de condiciones, incluyendo los datos del SPV, oferta económica, entre otros.

Remitir la minuta para revisión y visto bueno de la SPV.

Preparar y parametrizar el sistema (SECOP II) para la firma del contrato electrónico (cuando aplique); en caso contrario, preparar el documento para firma, la cual puede ser manuscrita, digital o electrónica.

Confirmar que la sociedad de propósito especial ha sido registrada debidamente ante la cámara de comercio de su domicilio, a través de la solicitud a la SPV de remitir el certificado de existencia y representación legal y el Registro Único Tributario - RUT.

Revisar y aprobar las garantías requeridas en el contrato conforme a las condiciones allí establecidas (en relación con vigencia, amparos, beneficiarios, tomadores, entre otros).

Verificar el cumplimiento de otras condiciones precedentes para la firma del contrato (siempre que éstas hayan sido establecidas expresamente en el contrato).⁷⁹

Coordinar la firma del contrato (sea presencial o por medios virtuales).

Si el proponente seleccionado no puede cumplir con todas las condiciones antes de la fecha límite especificada en los pliegos, o se niega a firmar el contrato, la entidad contratante debe tomar las medidas apropiadas permitidas en virtud de lo previsto en los pliegos. Esto puede incluir:

- Ejecutar la garantía de seriedad de la oferta que se requirió con la presentación de la oferta.
- Adjudicar al siguiente proponente clasificado y llamarle a la firma.
- Declarar desierta la licitación e iniciar un nuevo proceso de selección para la adjudicación del proyecto.

b) Suscripción del Contrato APP

Una vez se acredite el cumplimiento de las condiciones precedentes, el SPV debe firmar el contrato y la entidad contratante debe adelantar las gestiones internas para que el representante de la entidad firme el contrato.

Una vez acreditado el cumplimiento de la satisfacción de las condiciones precedentes y la firma del contrato, existe ya un Contrato APP legalmente vinculante entre la entidad estatal y el SPV.

⁷⁹ En este sentido se considera buena práctica de estructuración el prever que se deba presentar evidencia de la disponibilidad de los seguros mínimos que se hayan requerido en el contrato.

Apéndice II. Gestión contractual gestión predial, social y ambiental

Objetivo

El objeto de este anexo es presentar algunas notas/pautas/recomendaciones frente a la gestión predial, social y ambiental de los proyectos APP en Colombia, incluyendo una aproximación frente a las principales problemáticas, sus causas y la presentación de una serie de alternativas de manejo que pueden adelantar las partes en el Contrato.

Sin embargo, se aclara que estas notas no pretenden hacer un análisis o estudio detallado sobre los asuntos anteriormente mencionados, en la medida en que el objeto de la Consultoría se centra en la formulación de pautas para la gestión contractual de proyectos APP y no en la revisión de los procesos de estructuración de proyectos en Colombia.

a) Gestión predial

Estructuración de Proyectos APP

En primer lugar, deberá analizarse la naturaleza y sector específico del Proyecto APP, a efectos de terminar (i) si aplican normas especiales en materia de estructuración, (ii) los lineamientos de políticas públicas (CONPES o similares) en materia de gestión predial y (iii) las particularidades e impactos en el caso de la disponibilidad predial y la parte que mejor posicionada se encuentra para gestionarlos.

Así, en proyectos donde existe una alta dependencia frente a un predio concreto para la viabilidad de la infraestructura, la conformación de la disponibilidad en dicho predio debe ser un aspecto a validar y confirmar desde etapas tempranas de la estructuración. Es el caso de la infraestructura social y vertical (hospitales, colegios, cárceles, etc.) o infraestructura de soporte clave (como patio talleres para proyectos ferroviarios), donde la falta de certeza sobre la disponibilidad del predio donde se construirá la infraestructura puede resultar en atrasos en la ejecución o, incluso, en la ausencia de oferentes.

Por su parte, en proyectos de infraestructura lineal, como por ejemplo la infraestructura carretera o ferroviaria, o en general la infraestructura de transporte, debe darse aplicación a lo dispuesto en el artículo 7 de la Ley 1682 de 2013, conforme al cual -durante la estructuración de los proyectos de asociación público-privada-, la entidad debe tener un diagnóstico predial o análisis de los predios objeto de adquisición. Esto además de la identificación y análisis de los inmuebles sobre los que recaigan medidas de protección al patrimonio de la población desplazada y/o restitución de tierras.

Asimismo, para la estructuración de las especificaciones técnicas y de los contratos de los Proyectos APP, las entidades concedente nacionales o subnacionales, deben identificar en sus apéndices técnicos la información mínima de los predios a intervenir y establecer el procedimiento que debe surtir la parte privada para adelantar la adquisición predial. Igualmente, es recomendable que en la etapa de estructuración se haga una revisión de los pasivos prediales de proyectos anteriores ejecutados sobre la misma infraestructura o en colindancia con ésta, se revise en detalle si a pesar de contemplarse tan solo intervenciones de rehabilitación, éstas pueden resultar requiriendo de la adquisición de predios y se

realice una proyección de los incrementos en los avalúos prediales previo a la apertura de la licitación (de manera que no haya desfases con las estimaciones iniciales de eventuales sobrecostos⁸⁰)

Se destaca además que el documento CONPES 4117 de 2023 entiende el riesgo predial como los efectos favorables o desfavorables relacionados con la disponibilidad de los predios requeridos para desarrollar la infraestructura, así como los eventuales sobrecostos de adquisición o por compensaciones socioeconómicas. A su vez, el documento de política pública señala que el mejor mitigante para este riesgo es que los predios estén disponibles previo al inicio del proceso contractual, llamando la atención respecto a que esta disponibilidad es especialmente importante para el caso de proyectos de infraestructura vertical.

Ahora bien, es también posible que la gestión predial se realice durante la ejecución contractual, caso en encargándose esta tarea a la parte privada, el cual podrá pactarse un esquema de riesgo compartido en cuanto a los sobrecostos (bandas de riesgo en caso de que se exceda el valor estimado de adquisición y compensaciones) al igual que frente a demoras en el acceso a ciertos predios por razones no imputables a la parte privada. Esto sin perjuicio de los casos en que se trate de predios propuestos por la parte privada o predios auxiliares para sus operaciones, caso en el cual la parte privada retendrá todos los riesgos.

Justamente y frente a estas eventualidades, es importante que, ya en el marco de la ejecución contractual, las partes ajusten lo inicialmente pactado a las condiciones reales o sobrevinientes de ejecución, estableciendo también (cuando aplique) los mecanismos de compensación necesarios. Esto debe venir acompañado de claridad en cuanto a qué predios pueden adquirirse con cargos a las subcuentas de gestión predial (cuando éstas hayan sido previstas contractualmente), así como de un adecuado seguimiento y acompañamiento a las labores de gestión predial a cargo de la parte privada.

Ejecución de Proyectos APP

Obligaciones de gestión predial

Aspectos mencionados en la Parte C. Actividades específicas para cada etapa. Área 1. La etapa de Preoperación o preoperativa, b) actividades de la fase de construcción en la ejecución de Proyectos APP que requieren de gran cantidad de predios (en especial los proyectos carreteros).

Riesgos de gestión predial

Tal y como se expuso previamente, las necesidades prediales y riesgos asociados atienden al tipo de infraestructura y a las condiciones particulares del Proyecto APP. En este sentido, pueden encontrarse proyectos en los que la disponibilidad predial sea atendida en fase de estructuración y sea un riesgo retenido (ejemplos mencionados de infraestructura vertical, por ejemplo), o bien se transfiera la responsabilidad y el riesgo parcial o totalmente al inversionista, quien desarrollará la gestión predial en el marco de la ejecución contractual (caso de, por ejemplo, proyectos carreteros).

En el caso de proyectos donde la gestión predial es verificada y atendida durante la estructuración, la entidad estatal garantiza a la parte privada la posibilidad de acceso efectivo a dichos espacios, regulándose los eventos de indisponibilidad durante la ejecución contractual. Así, durante la estructuración es recomendable realizar una debida diligencia predial (estudios de títulos y norma), mientras que para la ejecución es conveniente regular y atender las incidencias que puedan presentarse en el proceso de entrega a la parte privada de dichos predios (forma y tiempos de entrega), regular cómo proceder ante eventuales retardos en dicha entrega y disponer que una vez entregado la parte privada se

⁸⁰ Se destaca igualmente que, la realización del primer estudio de zonas homogéneas físicas y geoeconómicas servirá de referencia para: (i) el anuncio del proyecto; (ii) la contribución nacional de valorización y de (iii) insumo base del observatorio inmobiliario del sector transporte.

hace responsable por la preservación y defensa del inmueble, entre otros aspectos. Ejemplos de este tipo de regulación puede encontrarse en proyectos férreos (PLMB, L2MB, Regiotram), así como infraestructura vertical (APP Bosa).

Por su parte y tratándose de infraestructura lineal de transporte, es usual establecer que el riesgo de gestión predial sea compartido en tanto que: (i) la parte privada asume hasta cierto valor y hasta cierto plazo, los costos asociados a esta gestión y (ii) que superado estos límites será responsabilidad de la entidad contratante asumir dichos costos. Además, en los casos en los que la compra de mutuo acuerdo no es posible, es la concedente (no la parte privada quien debe adelantar los procesos de expropiación).

Entrega parcial de unidades funcionales

Finalmente, con ocasión a las experiencias resultantes de la gestión contractual de los contratos 4G, se destaca la implementación de diversas modificaciones relacionadas con la gestión predial, incluyendo el procedimiento de verificación y entrega parcial de unidades funcionales, así como el cálculo de la retribución de la parte privada, incluyendo el componente de *“índice de cumplimiento predial”*.

Problemas identificados

Sin perjuicio de los estudios realizados por la entidad al momento de la estructuración e, inclusive contando con mecanismos contractuales para hacerle frente al riesgo de gestión predial, en Colombia existen diversos inconvenientes que afectan el buen avance de estas actividades -especialmente para el caso de proyectos de infraestructura lineal desarrollada en áreas rurales, dentro de las cuales se encuentran, entre otros:

La georreferenciación y el registro de propietarios en catastro rural;

Controversias sobre la titularidad de los predios;

Predios asociados a procesos de restitución de tierras a favor de víctimas del conflicto o con otro tipo de medidas cautelares;

Instrumentos de planeación y de ordenamiento territorial a cargo de los municipios desactualizados, derogados o suspendidos;

Desactualización de la información catastral en sus componentes físicos, económicos y diferencias con respecto a la información registral de los predios en cabeza de las Oficinas de Registro e Instrumentos Públicos;

Traslapos con infraestructura de redes, desarrollos urbanísticos o cualquier otro factor presente en el territorio que afecte e impacte de manera económica la estructura de los costos de adquisición de riesgos;

Condiciones socioeconómicas.

Estas cuestiones, que representan potenciales problemas y obstáculos para la buena marcha del proceso de adquisición predial, deben ser tenidas en cuenta en la medida de lo posible durante la fase de estructuración, a la hora de realizar una planificación del proceso de liberación de tierras mediante el estudio correspondiente. Lo anterior con objeto de mitigar en lo posible algunos de estos riesgos, facilitar información de referencia lo más ajustada posible a los interesados y poder estimar de manera más ajustada los costos y plazos base y la más adecuada asignación de los riesgos de sobre costo y retrasos.

Recomendaciones en la etapa de Gestión contractual

Sin perjuicio de mejoras que puedan hacerse en la estructuración de los Proyectos APP dirigidas a la mitigación de los riesgos prediales, como parte de la gestión contractual se proponen las siguientes medidas:

- Sin perjuicio de que se realice también en fase de estructuración, revisar y actualizar el registro de propiedad de todos los predios de las áreas de influencia de los proyectos con el fin de agilizar el proceso de adquisición de los predios requeridos, por parte de las entidades que tienen la competencia para tal fin, bajo principios de celeridad, economía y eficiencia administrativa.
- Propender por la coordinación directa de la entidad concedente con las otras entidades estatales a cargo de la titulación o catastro, bajo el principio de coordinación entre entidades públicas para el logro de los fines estatales y con el fin de coadyuvar al proceso de gestión predial del proyecto a cargo de la parte privada.
- En el caso de los predios críticos del proyecto y, una vez se agoten los términos máximos previstos en el contrato, contar desde la parte pública con la capacidad técnica y humana para adelantar los procesos de expropiación.
- Hacer un adecuado seguimiento al avance de la gestión predial y debida diligencia a cargo de la parte privada, de manera que puedan anticiparse puntos críticos o situaciones particulares e implementar acciones (incluso conjuntas) a través de las cuales se solucionen o mitiguen tales puntos críticos.
- Desplegar de manera conjunta con las interventorías las acciones necesarias para velar por la indemnidad de la Agencia en el marco del desarrollo del proceso de gestión predial.
- Fortalecer y apropiar las herramientas tecnológicas necesarias para el adecuado monitoreo, seguimiento y control al proceso de gestión predial requerido para la ejecución del proyecto y que favorezca la toma de decisiones.

b) Gestión social y ambiental

Estructuración de Proyectos APP

En primer lugar, deberá analizarse la naturaleza y sector específico del Proyecto APP, a efectos de terminar (i) si aplican normas especiales en materia de estructuración, (ii) los lineamientos de políticas públicas (CONPES o similares) en materia de gestión ambiental y social y (iii) las particularidades e impactos en el caso de materialización de riesgos asociados.

Nota: lo que se expone a continuación debe entenderse referido a lo previsto en el marco normativo colombiano y lecciones aprendidas de proyectos pasados. No obstante, debe tenerse en cuenta, además, que se deberá considerar, a la hora de preparar y estructurar un proyecto en relación con estos aspectos, las posibles exigencias o estándares que puedan requerir o esperen observar entidades financieras internacionales, en especial Banca Multilateral de Desarrollo⁸¹, cuando se desee contar con su concurso, en el caso de que puedan ir más allá de lo contemplado en marco legal y práctica usual en Colombia⁸².

⁸¹ También podrían ser determinados financiadores como por ejemplo proveedores de financiación verde (“*green finance*”).

⁸² Dicho apoyo o participación de un BMD puede ser requerido cuando un gobierno (gobierno nacional o gobierno subnacional) pudiese requerir o negociar apoyo para la estructuración del proyecto o apoyo financiero en forma de

- **Aspectos ambientales**

En cuanto al riesgo ambiental, el documento CONPES 4117 de 2023 lo define como los efectos por demoras en el trámite para la obtención de licencias o permisos de esta naturaleza, disponiendo que *“estarán a cargo de la parte privada en su totalidad, incluidos los costos de dichas gestiones y las demoras de los trámites ante las autoridades competentes, salvo excepciones que se definan en un contrato según lo previsto en estos lineamientos”* (Negrillas fuera de texto original).

En este mismo sentido, la política actual de riesgo contractual aplicable en el ámbito nacional o para proyectos con financiación del orden nacional establece que este riesgo también comprende: (i) los sobrecostos que puedan generarse debido a la variación de los costos de las compensaciones ambientales asociadas; (ii) las obras menores requeridas por la autoridad ambiental en el marco de la expedición de la licencia o permiso ambiental correspondiente y que no estén previstas en las especificaciones técnicas del Contrato APP; (iii) el sobre plazo en la disponibilidad de las licencias o permisos por demoras en su gestión y obtención; y (iv) la variación del alcance de pendientes ambientales que se desprendan de modificaciones determinadas por la autoridad ambiental.

En cuanto al primero, los efectos desfavorables y favorables derivados de esta variación serán compartidos entre las partes (de acuerdo con las bandas establecidas en este mismo documento), siempre que no sean generados por causas imputables a la parte privada. En relación con el segundo, éstos serán asumidos por la parte pública, mientras que el tercero será asumido por la parte privada. Por su parte, tratándose de los pendientes ambientales, el documento CONPES 4117 de 2023 dispone que *“los efectos favorables y/o desfavorables ocasionados por modificación de la autoridad ambiental al alcance de los pendientes ambientales de licencias ambientales o planes de manejo ambientales existentes y que serán cedidos con posterioridad a la fecha de apertura del proceso de selección o posterior a la fecha de la aprobación de la factibilidad, cuando el instrumento ambiental halla estado a cargo de una entidad estatal serán un riesgo que asumirá la entidad contratante.”*

Así, la viabilidad ambiental del proyecto es un aspecto que debe abordarse en la fase de estructuración, identificándose de manera preliminar los permisos y licencias que se requerirían, así como también determinar la existencia de determinantes ambientales que puedan hacer inviable o sustancialmente compleja la ejecución del proyecto (por ejemplo, la afectación de Parques Nacionales Naturales). Con base en esta información habrán de prepararse los documentos contractuales y asignar las responsabilidades de las partes en materia de trámites ambientales y los mecanismos para la gestión de riesgos.

Así, el artículo 11 de la Ley 1508 de 2012, donde se exige que durante la estructuración de los Proyectos APP y antes de abrir el proceso de selección, la entidad debe contar con un estudio de carácter socioeconómico y ambiental, así como una evaluación del costo beneficio del proyecto analizando su impacto social, económico y ambiental sobre la población directamente afectada, evaluando los beneficios socioeconómicos esperados. A ello se suma que, conforme al artículo 39 de la Ley 1682 de 2013, todos los procesos de selección que se abran para la construcción de infraestructura pública de transporte deberán contar con una alternativa ambiental viable debidamente aprobada por la autoridad ambiental competente.

Destacamos que, aunque la ley no exige que las entidades contratantes de un Contrato APP inicien el trámite de permisos ambientales previo a la apertura del proceso de selección, desde el punto de vista de

préstamo público, o se espere que dicho BMD participe a través de su ventanilla privada en la financiación del proyecto mediante préstamo o garantías en favor de la sociedad de proyecto (SPE).

buena preparación, es recomendable que la entidad contratante adelante estudios preliminares de impacto ambiental (así como de impacto social), para facilitar la mejor gestión de los riesgos relativos a la obtención de permisos o licencias (es decir, retrasos, sobre costos por necesidad de modificación del proyecto y/o compensaciones económicas no previstas). Estos estudios por parte de la entidad durante la estructuración del proyecto tendrían como objeto determinar con anticipación hasta donde sea posible, la influencia de estos impactos en el diseño y los requerimientos técnicos, con el fin de incorporarlos en el proyecto y en el modelo financiero.

Así mismo, es importante que se identifique para cada actividad, obra o proyecto las exigencias del Decreto 1076 del 2015, con sus actualizaciones, modificaciones y adiciones.

Ahora bien, es de aclarar que esto se debe a diferentes factores de flexibilidad en la norma para los Proyectos APP, entre los cuales se encuentran que, los procesos de selección pueden iniciar con diseños de factibilidad y una vez se adjudiquen, se deben establecer y realizar los diseños en fase 3 por la parte privada, con la totalidad de las variables de su planeación. Esto incluye la logística constructiva con la cual se podría impactar variables en la obtención de licencias ambientales, permisos y/o autorizaciones, según aplique con las autoridades competentes y los interesados en el Proyecto APP.

- **Aspectos sociales**

Además de los aspectos ambientales, durante la fase de estructuración deben identificarse las condiciones sociales de los lugares donde se ejecutará el proyecto. Lo anterior como parte del estudio socioeconómico y de costo beneficio a que hace referencia el artículo 11 de la Ley 1508 de 2012.

A ello se suma que, conforme al ya mencionado artículo 39 de la Ley 1682 de 2013 y tratándose de infraestructura de transporte, como requisito previo a la apertura de un proceso de selección debe haberse agotado el proceso de consulta previa y estar ya protocolizados los acuerdos (esto tratándose de infraestructura de transporte y para procesos de selección abiertos a partir de 2016). Se tiene entonces que la estructuración debe abordar tanto los impactos en las comunidades en general, buscando socializar el proyecto con miras a su aceptación a futuro, como frente a aquellas comunidades titulares del Derecho Fundamental a la Consulta Previa.

A su vez y para evitar mayores inconvenientes por posibles brechas entre la estructuración y la ejecución contractual (esto último también en razón al tiempo que trascurre entre la finalización de la estructuración y el cierre del proceso de selección), resulta recomendable que previo a la adjudicación, la entidad realice los estudios y ponga a disposición de los interesados toda la información disponible para que estos, en un tiempo razonable, puedan adelantar el siguiente análisis técnico y financiero que comprenda entre otros:

Que las comunidades objeto de consulta previa (étnicas, afro, rom y demás) y que fueron identificadas, estuvieron contempladas y se surtieron los procesos de protocolización de acuerdos, (número a número, frente a los documentos de referencia).

Asegurarse que entre los acuerdos pactados, se hubiera identificado los impactos de la totalidad de las obras que pretenden ser ejecutadas incluida la infraestructura asociada de dar lugar desde la factibilidad y además, cerciorarse que se hubiese socializado las actividades con sus impactos referentes a la logística constructiva de forma genérica, como por ejemplo: las Zonas de Disposición de Material de Excavación Sobrantes (ZODMES), sus accesos, ingresos al territorio por monitoreo de estudios posteriores, ingreso por seguimiento a la red de monitoreos, posibles uso de fuentes de materiales en los territorios y en general los usos, y/o aprovechamiento por demanda ambiental que se requieran de esa logística

constructiva (vertimientos, ocupaciones de cauce, captaciones, entre otros), en las cuales se hubiera determinado acuerdo por impacto o decisión de manejo por el plan de manejo ambiental (PMA).

Verificación que en todas las unidades mayores y menores del área de influencia directa e indirecta del proyecto fueron socializadas.

Indagar por conflictos u oposiciones que se hubieran dado ante el proyecto e identificar sus posibles causas.

Verificación de antecedentes jurídicos con ocasión al desarrollo del proyecto que puedan generar renuencia de las partes interesadas.

Advertir sobre posibles poblaciones con necesidad de reasentamiento por ejecución del proyecto.

No existan nuevas zonas con categoría de protección ambiental nacional o regional y de existir que sean compatibles con la ejecución del proyecto.

La Cantidad de expedientes ambientales ante las autoridades nacionales y regionales que podrían ser sujetos de cesión al privado, coincidan con los establecidos en las minutas del Contrato APP propuesto y el área total del alcance del proyecto que se ejecutará.

Establecer la totalidad de pasivos ambientales, procesos sancionatorios y restricciones en los instrumentos ambientales que dieron la viabilidad desde la factibilidad en la apertura del proceso que se hubieran generado antes de la ronda de preguntas con la entidad y la propuesta a entregar por el privado posterior a esta.

Determinar de costo beneficio de la solicitud directa por el privado de los permisos de uso y aprovechamiento de recursos naturales, para la ejecución de la logística constructiva, o si adquisición con terceros de la zona en la que se considere también la disposición de material de corte y escombros.

Establecer con claridad, la totalidad de los costos de las compensaciones ambientales que se definen en la ley vigente y aplicable como compensaciones.

Determinar los pendientes ambientales o cumplimiento de obligaciones de los actos administrativos que, por medidas de manejo, estén pendientes de cumplimiento frente a lo acordado con las comunidades que fueron objeto de consulta previa, con su respectiva valoración para la gestión social y ambiental.

Identificar los tensionantes ambientales del área de influencia del proyecto.

Asegurar que el diseño de factibilidad sea un diseño resiliente ante eventos de cambio climático, para determinar los costos técnicos que esto puede generar para ser indagados desde el proceso de selección.

Estimar los plazos de la gestión de trámites ambientales y que incluyan la elaboración de insumos de los estudios ambientales, una vez se contemple que se contaría con los diseños de detalle en fase 3, para advertir el plazo necesario de la gestión.

Lo anterior, con el fin de ser consultado a la entidad concedente en la oportunidad para presentar preguntas a los documentos del proceso, logrando así desde el proceso de selección, el aseguramiento de la asunción del riesgo en las brechas encontradas ya sea en las repuestas de la entidad concedente o posiblemente en lograr la inclusión de cambios o ajustes en las minutas del Contrato APP como consecuencia de estos hallazgos.

Se anota igualmente que las políticas de riesgo vigentes y aplicables en el respectivo ámbito territorial y a la tipología concreta de proyecto, deberán ser validadas en cada una de las estructuraciones. En esa medida cada entidad deberá identificar, tipificar y asignar estos riesgos en los Proyectos APP conforme a las características propias de cada proyecto que estructure.

De esto, la recomendación anterior desde el proceso de licitación que permita valorar la gestión socio ambiental 100% a cargo a ser incluida en los valores globales de la propuesta acorde a la criticidad que se valore por el privado.

Lo anterior, con el fin de ser consultado al concedente en la oportunidad para presentar preguntas a los documentos del proceso, logrando así desde el proceso de selección, ajustes en las minutas del Contrato APP como consecuencia de estos hallazgos, que puedan evitar eventuales disputas entre las partes.

Ejecución de Proyectos APP

Obligaciones de gestión ambiental y social

Tal y como se indicó anteriormente, las obligaciones ambientales y sociales de la parte privada dependerán tanto de la tipología de proyecto de infraestructura que se ejecute, como de las particularidades de este. Así, es posible que se trate de proyectos que cuenten con instrumentos de manejo ambiental (licencia ambiental y planes de manejo ambiental) y que se ejecuten al amparo de acuerdos de consulta previa debidamente protocolizados, o bien proyectos no sometidos a licenciamiento y donde no aplicara la consulta previa, estando entonces sometido a los permisos, autorizaciones y/o concesiones ambientales que apliquen, así como a protocolos de gestión social.

Sin perjuicio de estas particularidades y de la debida ejecución de las obligaciones legales aplicables en etapa de estructuración, por regla general la parte privada deberá adelantar todas las actividades relacionadas con la gestión de comunidades, el trámite de consultas previas obligatorias (aquellas identificadas con posterioridad a la adjudicación), así como el trámite de permisos y licencias ambientales y asumir parcialmente los eventuales sobrecostos en las compensaciones socioambientales.

Lo anterior implica que, en caso de que el proyecto requiera de licencia ambiental, la parte privada deberá elaborar y presentar a la autoridad ambiental -entre otros- el estudio de impacto ambiental y el plan de manejo ambiental, además de realizar los reportes periódicos a las autoridades ambientales respectivas.

Se anota que, en términos generales, la transferencia de estos riesgos y la asignación de las obligaciones se desprende del hecho que es la parte privada quien ejecuta los estudios y diseños de detalle, siendo en este momento cuando se pueden precisar los impactos tanto ambientales como sociales del proyecto.

Considerando las actividades que si bien, en muchos casos se consideran genéricas, para la definición de los impactos, estos dependerán en un 100% de la logística de ejecución que estime el privado y sobre la viabilidad ambiental ya otorgada por las autoridades ambientales, referida esta exclusivamente al paso o el trazado para los Proyecto Obra Actividad, para la ejecución mediante licenciamiento ambiental, o por permiso ante las autoridades regionales.

Como referente en materia de gestión contractual de aspectos ambientales y sociales, se tiene que, según el apéndice técnico de gestión ambiental en los contratos de quinta generación vial (5G), la parte privada debe, entre otros, cumplir con todas las exigencias ambientales previstas en la ley aplicable (como, por ejemplo, el uso eficiente del agua y de la energía y el manejo y disposición de residuos, plan de gestión

del riesgo de desastres del primado, y cambio Climático) y en caso de ejecutar dichas obligaciones de manera defectuosa, será responsable de asumir cualquier sanción que imponga la autoridad ambiental en el marco del Proyecto APP. Asimismo, debe adelantar las actuaciones administrativas o judiciales procedentes encaminadas a evitar, mitigar o evitar cualquier acto de un tercero que pueda afectar las condiciones medioambientales del corredor del Proyecto APP, se trata entonces de los aspectos en los que -en relación con la temática ambiental- debe centrarse la gestión contractual, de manera que se puedan anticipar eventuales problemas, se gestionen de manera coordinada y por quien esté mejor posicionado, lográndose una gestión fluida y oportuna del proyecto.

Esto sin perjuicio de otros referentes como los proyectos ferroviarios urbanos o que se desarrollen sobre derechos de vía ya establecidos, donde normativamente no se requiere del trámite de licencias ambientales, de manera que el seguimiento contractual deberá enfocarse en los permisos, autorizaciones o concesiones ambientales que resulten aplicables conforme a la afectación del proyecto sobre los recursos naturales renovables. Similar consideración aplica para proyectos de infraestructura vertical donde además de los aspectos ambientales es probable que se deba contar con instrumentos de licenciamiento urbanístico.

Problemáticas identificadas

En distintos proyectos APP se han presentado inconvenientes relacionados con el relacionamiento y la dificultad de llegar a acuerdos con las comunidades aledañas a los Proyectos APP. En efecto, las solicitudes de comunidades/alcaldes ubicados en la zona de influencia de los proyectos ha generado retrasos en su ejecución e inclusive la necesidad de suscribir modificaciones a los Contratos APP para adelantar actividades adicionales/distintas a las previstas, por ejemplo, la construcción de puentes peatonales o inclusive, evitar la ubicación de estaciones de peaje.

Por su parte, en el trámite para la obtención de permisos y licencias en materia ambiental han sido constantes las demoras, sea por insuficiencia de los estudios o atención de requerimientos adicionales de las autoridades, resultando en la afectación de la ruta crítica de los proyectos y en sobrecostos.

Recomendaciones en la etapa de Gestión contractual

Sin perjuicio de mejoras que puedan hacerse en la estructuración de los Proyectos APP dirigidas a la mitigación de los riesgos ambientales y sociales, como parte de la gestión contractual se proponen las siguientes medidas:

- Socializar los Proyectos APP durante el avance de los trabajos, con el fin de mitigar posibles atrasos en la ejecución por estos asuntos, de conformidad con lo exigido -entre otros- bajo el texto del Contrato APP, sus apéndices y en los instrumentos ambientales que amparen al proyecto.
- Verificar de manera exhaustiva, profunda y especializada mediante los expertos del privado, las interrelaciones de las gestiones técnicas, jurídicas y financieras versus las temáticas ambientales y sociales que directamente en la ejecución del contrato, puedan generar cambios en los tiempos estimados de la gestión y proponer acciones en la planificación del plan de obras.
- Determinar las necesidades de obtención de viabilidades ambientales y sociales desde la logística particular del privado.
- Identificar la totalidad de los interesados en el proyecto, que puedan estar inmersos en retos de gestión social y que puedan involucrar nuevos procesos de consultas previas, sean estos por; i) procesos jurídicos, ii) nuevas constituciones o por resultado de los iii) cambios de logística de la ejecución del alcance contractual.

- Planificar el cumplimiento de las obligaciones sociales y ambientales actuales o proyectadas en cada fase y necesidad, para el logro del objeto contractual entre las cuales están; 1. Obligaciones de acuerdos de Consulta previas, 2. Obligaciones de actos administrativos ambientales emanados o por emitir en ocasión a las obras, actividades o el proyecto.
- Generar indicadores en plazo y cantidad para cada una de las obligaciones, que viabilice las gestiones necesarias para la operación y ejecución del alcance contractual.
- Revisar y actualizar los indicadores de las viabilidades sociales y ambientales para el avance del objeto contractual en cortes como mínimo mensuales.
- Informar oportuna y previamente al concedente de las gestiones en materia ambiental y social, para la coordinación directa de la entidad con las otras entidades o autoridades estatales a cargo de la viabilidad social y ambiental, bajo el principio de coordinación entre entidades públicas para el logro de los fines estatales y con el fin de coadyuvar al proceso de gestión social ambiental del proyecto a cargo del privado.
- Propender por la comunicación de las rutas críticas de las gestiones o la obtención de la viabilidad socioambiental desde el privado, previo a la construcción que permitan agotar las acciones interestatales en la mejor garantía del logro de las gestiones.
- Desplegar de manera conjunta con las interventorías las acciones necesarias para velar por la indemnidad de la Agencia en el marco del desarrollo del proceso de gestión Social y ambiental
- Fortalecer y apropiar las herramientas tecnológicas necesarias para el adecuado monitoreo, seguimiento y control unificado desde el concedente, interventoría y ejecutor de una manera concertada y alineada ante las obligaciones de los actos administrativos de las viabilidades socio ambientales.

Bibliografía

Asian Development Bank (ADB), the European Bank for Reconstruction and Development (EBRD), the Inter-American Development Bank (IDB), the Islamic Development Bank (IsDB), and the World Bank Group (WBG) part-funded by the Public-Private Infrastructure Advisory Facility (PPIAF). (2016). *Public-Private Partnership (PPP) Certification Guide*.

Banco de Desarrollo del Caribe (CDB), Banco Mundial (BM), Servicio de Asesoramiento de Infraestructura Pública-Privada (PPIAF), BID, Fondo Multilateral de Inversiones (FOMIN)

Banco Interamericano de Desarrollo BID . (2021). *Reflexiones sobre la importancia de la gestión de contratos APP y sus posibles carencias en la región*.

Banco Mundial. (2017). *PPP Reference Guide - PPP Cycle: Managing PPP Contracts*.

European PPP Expertise Centre EPEC. (2014). *Managing PPPs during its contract life*.

Global Infraestructura Hub. (2018). *Managing PPP Contract After Financial Close*.

National Treasury South Africa. (2014). *Managing PPPs during their contract life* .

Partnership Victoria. (2018). *Contract Management Guide*.

Public Private Partnerships Programme. (2007). *A guide to contract management for PFI and PPP projects*.