



Cartagena de Indias, D. T. y C., **04** de Marzo de 2014.

TC-DJ- 07.01- **0200** -2014

Doctora:

FANNY GONZALEZ

Procuradora Delegada para la Vigilancia Preventiva de la Función Pública (E)

PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN

Carrera 5ª No. 15 – 80, piso 17

Tel. (091) 5878750 ext. 11728

Bogotá, D.C.

Referencia. Seguimiento Transcaribe.

Asunto: Su comunicación radicada bajo el número 25913 de fecha 27 de febrero de 2014.

Respetada Doctora González;

De acuerdo con el documento radicado bajo el número indicado en el asunto, mediante el cual presenta observaciones en relación con la asignación de riesgos preliminar contenida en el Anexo No. 5 de los documentos del proceso de selección LP – TCN – 004 de 2013, a continuación encontrará las consideraciones que se encuentran relevantes respecto de cada una de ellas.

1. RIESGO DE DEMANDA

Señala el documento de observaciones lo siguiente:

Observación No. 1

"La 'eventual disminución o aumento en el número de los viajes que constituyen pago (...)' Transcaribe deberá sustentar las razones por las cuales consideró describir, calificar y asignar como un solo riesgo tanto la disminución como el aumento de la demanda por cuanto podría tratarse de eventos completamente antagónicos con efectos totalmente opuestos. En todo caso, de presentarse un "aumento" de la demanda, TRANSCARIBE deberá identificar las consecuencias de dicho evento y determinar cómo se restablecerá el equilibrio económico en este caso, a favor de la entidad estatal"

Respuesta: El riesgo de demanda asociado al aumento de la demanda de pasajeros pagos en el Sistema Transcaribe obedece a la obtención del ingreso esperado en un plazo inferior al proyectado por Transcaribe en el modelo financiero. Ese riesgo implicaría



la obtención de ese valor en un periodo inferior, generando un mejor retorno de la inversión realizada por el CONCESIONARIO.

Ese riesgo se encuentra mitigado en el párrafo de la CLÁUSULA 14 de la minuta del contrato de concesión, al señalar: "PARÁGRAFO. En todo caso, si el CONCESIONARIO obtiene el ingreso esperado de operación en un plazo inferior a aquél obtenido por TRANSCARIBE S.A. en la estructuración del modelo financiero, la entidad se reserva el derecho de reclamar el restablecimiento del equilibrio económico del contrato".

Esta alternativa encuentra sustento en que si el CONCESIONARIO obtiene el ingreso esperado en un plazo inferior al de la modelación, se deberá determinar cuál es el impacto económico para Transcaribe, en términos de verificar la rentabilidad del negocio, la cual debe oscilar en los que actualmente arroja para Transcaribe el modelo.

Lo anterior por cuanto se trata de la prestación de un servicio público que debe cumplirse en términos de eficiencia para el concedente y para los usuarios del servicio.

Quiere decir lo anterior que, en el evento en que se obtenga de manera anticipada el ingreso esperado, significa que el retorno de la inversión se obtiene en un menor tiempo disminuyendo los costos y aumentando el índice de rentabilidad. Esa será la condición que verificará Transcaribe de cara a garantizar la obtención de un rendimiento razonable dada la razón incluida en el párrafo anterior.

Las reglas de restablecimiento económico del contrato aplican para las partes que intervienen en el negocio jurídico, de acuerdo con lo señalado en los artículos 4º y 27 de la Ley 80 de 1993, los cuales precisan lo siguiente:

"ARTÍCULO 4º. DE LOS DERECHOS Y DEBERES DE LAS ENTIDADES ESTATALES. Para la consecución de los fines de que trata el artículo anterior, **las entidades estatales:**

(...)

30. **Solicitarán** la actualización o la revisión de los precios cuando se produzcan fenómenos que alteren **en su contra el equilibrio económico o financiero del contrato** (...)"

"ARTÍCULO 27. DE LA ECUACIÓN CONTRACTUAL. En los contratos estatales se mantendrá la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, según el caso. **Si dicha igualdad o equivalencia se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado**, las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento.

Para tales efectos, las partes suscribirán los acuerdos y pactos necesarios sobre cuantía, condiciones y forma de pago de gastos adicionales, reconocimiento de costos

2



financieros e intereses, si a ello hubiere lugar, ajustando la cancelación a las disponibilidades de la apropiación de que trata el numeral 14 del artículo 25. En todo caso, las entidades deberán adoptar las medidas necesarias que aseguren la efectividad de estos pagos y reconocimientos al contratista en la misma o en la siguiente vigencia de que se trate" (Resaltado fuera del texto)

Observación No. 2

"Respecto al mecanismo de mitigación de éste mismo riesgo, se hace referencia a la realización de estudios "serios" de demanda. Se le recuerda a Transcaribe que tiene la obligación de tener la totalidad de los estudios técnicos con anticipación a la apertura del proceso de contratación y que los mismos deben estar a disposición de los interesados en el proceso en un "CUARTO DE DATOS" físico o virtual, sin perjuicio de la responsabilidad que le compete a los futuros proponentes de realizar las verificaciones que considere pertinentes antes de presentar las propuestas".

Respuesta: Frente a los estudios adelantados por Transcaribe para efectos de estimar la demanda de pasajeros, se tiene un primer documento elaborado por el Distrito de Cartagena en el año 2011 que es el Plan Maestro de Movilidad, que se basó en encuestas a hogares, en los que se indagó en las familias el tipo de transporte utilizado, e igualmente en aforos de observación visual, se hizo el estimado de transporte público informal.

En relación al transporte público colectivo, a finalizar 2012 se hizo una actualización de la matriz origen y destino de la ciudad y de frecuencia y ocupación visual de transporte público de la ciudad de Cartagena, a través de la firma Movilidad Sostenible, con la metodología de encuestas a bordo de los vehículos, estudios de velocidades, ascensos y descensos, lo que lleva a concluir que el número de viajes es de 452.000 pasajeros. Con tal análisis se hicieron los cálculos de demandas.

Ahora bien, en relación con la disponibilidad de esos estudios, debe informarse que se encuentran para consulta de los interesados dentro de la información que reposa en Transcaribe, la cual está permanentemente a disposición de los interesados en el proceso. Si bien, en estricto sentido, no existe un "CUARTO DE DATOS", los documentos se encuentran organizados para consulta del público en general.

Observación No. 3

"Se sugiere revisar la descripción contenida en la casilla MECANISMO ESPECÍFICO DE MANEJO al referirse a la "adecuada atención de las rutas asignadas, así como de los plazos previstos para el proceso de desvinculación y desintegración por cuanto las mismas podrían corresponder a obligaciones propias del contrato (Subnumeral 4, numeral 1.3. del

R



Pliego de Condiciones) cuyo cubrimiento de riesgo se realiza a través de la garantía de cumplimiento del contrato".

Respuesta: De acuerdo con la revisión del documento, se encuentra que la observación es pertinente y se ajustará el texto final de la Matriz de Riesgos considerando que, en estricto sentido, corresponde a una obligación contractual del concesionario y no a un riesgo previsible.

Observación No. 4

"Respecto a lo consignado sobre el riesgo de incremento del transporte informal en un porcentaje superior al 25% de la demanda:

"a. Qué papel juegan las autoridades distritales competentes para el control del transporte informal en la ciudad de Cartagena"

"b. Qué actuaciones ha adelantado TRANSCARIBE tendientes a asegurar el compromiso de las autoridades locales en la expedición de regulación que permita limitar o controlar el transporte informal"

Respuesta: El control del transporte informal corresponde a las autoridades Distritales que tiene en el ámbito de sus competencias adoptar políticas públicas y medidas tendientes a mitigar la proliferación de ese flagelo. Esa competencia no está en cabeza de Transcaribe.

Sin perjuicio de lo anterior, Transcaribe, obrando en su condición de Ente Gestor del Sistema Transcaribe, y consciente del impacto que tiene para la prestación del servicio el transporte informal, ha adelantado conversaciones con las autoridades Distritales, de modo que se genere una estrategia conjunta para lograr su adecuado manejo.

Como parte de la gestión, se tiene que en el desarrollo de la audiencia de asignación de riesgos cumplida el jueves 27 de febrero, se concertó llevar a cabo mesas de trabajo para oír a los interesados y lograr establecer mecanismos que mitiguen la expansión de la prestación del servicio de transporte de manera informal, en la ciudad de Cartagena.

"c. El alcalde de la ciudad está enterado del riesgo que para el Sistema de transporte público de la ciudad supone la desregulación del transporte informal?"

Respuesta: Sí, de manera permanente el Ente Gestor ha informado al Alcalde sobre el impacto que tiene para la implementación del Sistema de Transporte Masivo, la alta incidencia del transporte informal en la ciudad, en adición al conocimiento autónomo

K



que tiene de esta problemática dada la incidencia que tiene sobre otros aspectos de la ciudad este medio de transporte.

Como consecuencia de lo anterior, el Alcalde ha liderado la adopción de estrategias tendientes al control del transporte informal en la ciudad de Cartagena, cuyo expresión más concreta es el inicio de mesas de trabajo para tratar de establecer mecanismos que ayuden a mitigar el impacto de este flagelo y, porque no, a proscribirlo totalmente del espectro de medio de transporte en la ciudad.

"d. Quien está en real capacidad de manejar dicho riesgo?"

Respuesta: De acuerdo con las discusiones tenidas en la audiencia de asignación de riesgos, el riesgo de demanda asociado al transporte informal fue redefinido en el sentido de indicar que se estima que el Sistema en conjunto genera 600.000 viajes por día, de los cuales el Transporte Público Colectivo recoge 452.000 viajes por día, la informalidad así como otros medios de transporte asumen 150.000 viajes por día.

Lo previsible es que los futuros concesionarios del Sistema de Transporte Masivo mantengan la eficiencia del Transporte Público Colectivo, en términos de capturar y mantener la demanda de 452.000 viajes por día, eso es lo que se asigna como riesgo previsible.

Los hechos que afecten esa normalidad por fuera de la responsabilidad del CONCESIONARIO es un riesgo imprevisible.

"e. Los estudios que ilustran sobre la composición de la demanda de transporte público en la ciudad de Cartagena se encuentran a disposición de los interesados en el proceso? Dichos estudios han sido validados y actualizados?"

Respuesta: Como se indicó en la respuesta a la Observación No. 1 dentro de este documento, frente a los estudios adelantados por Transcaribe para efectos de estimar el número de viajes pagos por día, se tiene que la demanda del sistema se estimó con base en los resultados arrojados por el Plan Maestro de Movilidad del 2011 y el estudio de actualización de la matriz origen destino de la ciudad y de frecuencia y ocupación visual de transporte público de la ciudad de Cartagena del 2012.

"f. Respecto a la calificación de imprevisible del riesgo en el momento en el cual la demanda de transporte informal supera el 25% (actual), se recomienda a TRANSCARIBE considerar lo señalado en el DOCUMENTO CONPES 3714:



Respecto de los riesgos imprevisibles el Consejo de Estado ha sostenido que la teoría de la imprevisión es aquella que regula los efectos de tres situaciones que se pueden presentar al ejecutar un contrato: un suceso que se produce después de celebrado el contrato cuya ocurrencia no era previsible al momento de suscribirlo, una situación preexistente al contrato pero que se desconocía por las partes sin culpa de ninguna de ellas y un suceso previsto, cuyos efectos dañinos para el contrato resultan ser tan diferentes de los planeados, que se vuelve irresistible"

Respuesta: De acuerdo con lo que ha sido analizado por Transcaribe, el riesgo previsible asociado a la demanda de pasajeros pagos por día en el Sistema supone la existencia de otros medios de transporte, diferentes al servicio público colectivo, de los cuales se sirven los ciudadanos para hacer recorridos diarios: transporte informal, automóviles, motos, bicicleta, desplazamientos a pie, entre otros.

Partiendo de esa previsibilidad se hizo el cálculo del universo de viajes que se afectan por la existencia de otros medio de transporte, de modo que se establezca que ese porcentaje es previsible en términos de riesgo asignado al concesionario como obligación de mantener respecto de la ocupación actual del Sistema de Transporte Colectivo.

De ahí que se catalogue como condición de previsibilidad. El aumento del uso de otros medios de transporte diferentes al colectivo y al masivo cuando inicie la operación, se entenderá como imprevisible, en tanto corresponde a cambios en las preferencias del consumidor que escapen a la capacidad operacional, tanto del operador, como del Ente Gestor. Lo anterior, sin revisar el manejo que frente a la informalidad y su proliferación deben adelantar las autoridades locales, aspecto que escapa a la competencia de Transcaribe S.A.

2. RIESGO FINANCIERO

Señala el documento lo siguiente:

Observación No. 1

"El cierre financiero es una obligación contractual, que como riesgo en el evento de no lograrse el CIERRE FINANCIERO, deberá estar cubierto por las garantías de cumplimiento del contrato"

Respuesta: La redacción del riesgo es la siguiente: "Aumento en los costos de consecución de los recursos para acreditar el cierre financiero". Como se ve, no se incluye como riesgo previsible la consecución del cierre financiero, aspecto que se contempla como obligación contractual, sino el mayor costo que su consecución pueda significar para el concesionario.

R



Ese riesgo previsible se traslada considerando que es el concesionario quien está en mejor condición de mitigar el impacto que el aumento en el costo del cierre financiero puede generar en el proyecto, estructurando mecanismos de cobertura tales como derivados financieros que le permitan cubrir la variación en tasas de interés o tasas de cambio.

Observación No. 2

"Otros riesgos asociados a los aspectos financieros, deberán ser identificados por TRANSCARIBE e incorporados a la matriz de riesgos"

Respuesta: Conforme con la recomendación, Transcaribe S.A., revisará y complementará la matriz de riesgos en el sentido de ampliar los riesgos financieros, siempre que se encuentre justificación para su inclusión, considerando que lo identificado hasta el momento corresponde adecuadamente con los aspectos que pueden impactar la ejecución del contrato.

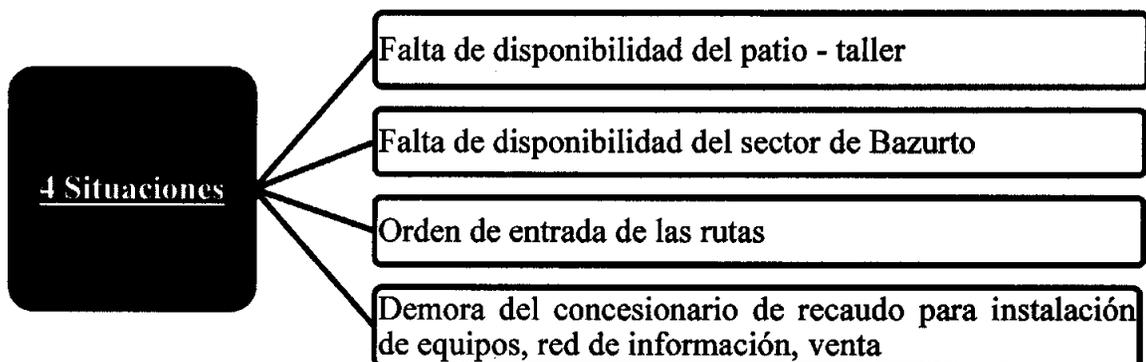
3. RIESGO DE IMPLANTACIÓN DEL SISTEMA

Observación No. 1

"Se sugiere aclarar la descripción de éste riesgo debido a que podrían no identificar claramente las circunstancias en las cuales puede generarse uno o varios eventos que "dificulten, retrasen o dilaten el proceso de implantación o puesta en marcha del mismo". No se indica los posibles factores internos o externos al sistema TRANSCARIBE. Por lo expuesto, se recomienda la revisión detallada de los eventos que pudieran significar riesgos para la implantación del sistema e identificar en forma precisa para cada uno de ellos sus respectivos mecanismo de mitigación o manejo y la parte contractual que mejor podrá soportarlos respectivamente"

Respuesta: La presentación hecha por Transcaribe en la audiencia de asignación de riesgos prevista en el artículo 39 del Decreto 1510 de 2013, señaló los siguientes eventos como activadores del riesgo de implantación del Sistema:

R



La identificación del riesgo se complementó en el sentido de precisar cuándo responde Transcaribe frente a la materialización de dichos riesgos, así:

"Asignación 100% a Transcaribe en caso de solicitar la flota y no pueda empezar a operar, en los términos indicados en este Anexo, así como el riesgo asociado a empezar a ordenar disponer los recursos en el patrimonio autónomo para surtir el proceso de desvinculación y desintegración de los vehículos del Sistema de Transporte Público Colectivo, a pesar de la ausencia de disponibilidad de la infraestructura".

De acuerdo con lo anterior, Transcaribe entiende que se encuentran claramente establecidos los eventos que activan la responsabilidad frente al riesgo previsible, por lo que no correspondería hacer ninguna precisión adicional.

Sin perjuicio de lo anterior, en el evento en que ese organismo de control advierta la necesidad de hacer alguna complementación adicional, estamos atentos a recibir las sugerencias que encuentren procedentes.

4. OTROS RIESGOS NO CONSIDERADOS

"De conformidad con lo previsto en el CONPES 3714 de 2011, respecto a los tipos de riesgo a los que están expuestas las partes en la ecuación contractual, con toda atención se recomienda a TRANSCARIBE verificar lo correspondiente a identificación de riesgos sociales, políticos, de la naturaleza, regulatorios y económicos que no han sido considerados"

Respuesta: Frente a esta observación resulta pertinente precisar que la matriz de riesgos construida por Transcaribe recoge los riesgos que, dentro del análisis adelantado para la estructuración, se prevé que pueden impactar la ejecución del contrato.

En cuanto a los riesgos sociales y políticos, se advierte que se relacionan con adelantarse huelgas, protestas y paros, aspecto que se encuentra contemplado en la matriz. Los

R

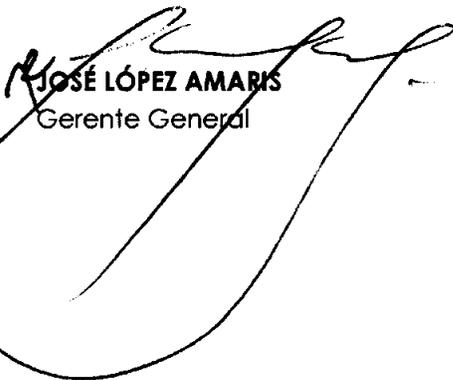


riesgos asociados a hechos de la naturaleza se advierten como imprevisibles, de ahí que no se incluyan en la estructuración. En punto a los riesgos regulatorios, de acuerdo con los pronunciamientos del Consejo de Estado, se advierten como materialización de la teoría de la imprevisión.

En ese orden, estarían contemplados los eventos y no se tendrían consideraciones adicionales para incluir otros. Sin perjuicio de lo anterior, y al igual que respecto del riesgo implantación del Sistema, en el evento en que ese organismo de control advierta la necesidad de hacer alguna complementación adicional, estamos atentos a recibir las sugerencias que encuentren procedentes.

En los anteriores términos damos repuesta a las observaciones formuladas, quedando atentos a aclarar cualquier duda adicional que surja.

Atentamente


JOSÉ LÓPEZ AMARIS
Gerente General