

LAS 5G: HERRAMIENTA DE REACTIVACIÓN ECONÓMICA EN TIEMPOS DE CRISIS

Como medida anti-cíclica, Colombia ha utilizado como herramienta el desarrollo de la infraestructura. Hoy el Programa de Concesiones de 5G, cuyos resultados se comienzan a ver, parece llevarnos a la implementación de una alternativa similar. Resaltando que esta herramienta ha llegado en un momento oportuno dada la actual emergencia sanitaria por COVID-19.

Este programa de concesiones está compuesto por doce proyectos distribuidos entre los distintos modos de transporte, los cuales propenden por la multimodalidad, y que según ha anunciado la ANI llegarán a inversiones cercanas a los \$17,3 billones de pesos. El lanzamiento de esta nueva generación de concesiones se produjo con la apertura en días pasados del proceso de contratación pública de “Accesos Cali – Palmira”, un ambicioso proyecto de 310 kilómetros que requiere inversiones de \$1,16 billones y tiene como objetivo impactar a 11 municipios entre Cauca y Valle del Cauca, brindando a la región la competitividad, conectividad y articulación que requiere para alcanzar su potencial.

Ahora bien, este programa de concesiones viene acompañado de un nuevo modelo de contrato, de manera tal que corresponde revisar si éste atiende y supera las dificultades que enfrentaron los proyectos de 4G. Es entonces buen momento para anticipar algunos de los cambios más relevantes que encontramos en el nuevo modelo de contrato propuesto para 5G.

A PROPÓSITO DE LOS CAMBIOS PROPUESTOS

1. Modificación en el esquema de retribución:

Bajo el modelo contrato de 5G la retribución o la compensación especial, según corresponda, se seguirá pagando al Concesionario contra la entrega de las unidades funcionales. Manteniéndose como fuentes principales de pago los aportes ANI, el recaudo de peajes y los ingresos por explotación comercial.

No obstante, un gran cambio viene de la mano de uno de los mecanismos para garantizar los ingresos. Así, cambió la forma en la cual en los contratos de 4G se compensaban los efectos desfavorables por el riesgo de tráfico, los cuales en dichos contratos se manejaba a través del cálculo de la diferencia de recaudo que se generaba en los años 8, 13 y 18 (DRs) y donde se calculaba el valor presente de los ingresos y si los mismos eran inferiores al monto de

VPIP estimado por la ANI para los citados años, de forma tal que se garantizaba la diferencia ponderada por el índice de cumplimiento.

Por su parte, la novedad del contrato de 5G consiste en brindar una garantía anual denominada Soporte de Ingresos. Así, el valor presente del recaudo de peaje elimina de la fórmula la “diferencia de recaudo” e incluye en su lugar el valor del Soporte de Ingresos expresado en pesos constantes del mes de referencia.

Lo anterior, teniendo en cuenta que para cada período de doce meses consecutivos contados desde la suscripción de la última acta de terminación de unidad funcional, si el valor del recaudo acumulado en la anualidad anterior es inferior al valor que indique la Parte Especial del Contrato, la ANI reconocerá el Soporte de Ingresos para dicho período en determinado porcentaje, que en últimas correspondería a un monto aproximado que cubra el servicio de la deuda. Es decir, el Soporte de Ingresos se revisará anualmente, para efectos de lo cual se calculará la fórmula, monto que se pagará a través de los recursos del Fondo de Contingencias.

En esencia se trata entonces de un mecanismo muy similar a 4G, con la ventaja que se calculará la compensación cada doce meses lo que podría coadyuvar a que los proyectos cuenten con mejores esquemas de financiación,

los cuales podrían traducirse en menores costos, facilitando por ejemplo la consecución de líneas de liquidez por períodos más cortos o en montos más manejables, o incluso proyectos que no requieran dichas líneas de liquidez.

En consecuencia, aunque sea necesario validar la situación del Soporte por Ingresos en cada proyecto, esta figura de corte anual permitiría ir gestionando el riesgo de tráfico a través de una especie de garantía de ingreso mínimo, lo que llevaría a que el riesgo de liquidez asumido por el Concesionario resulte más manejable.

2. Contrato más sostenible:

Otro ajuste viene de la mano de la búsqueda por un contrato que se focalice en los temas ambientales y sociales, tan importantes en la realidad actual.

En esta línea se encuentran distintos cambios como la inclusión desde la Fase de Pre-construcción de un plan de trámites ambientales que contenga los mecanismos y el cronograma para la radicación de todos los estudios, permisos y licencias ambientales para la ejecución de intervenciones sobre el patrimonio urbano, arquitectónico, cultural, arqueológico, entre otros. Se trata entonces de un nuevo instrumento encaminado a la mejor planeación de ciertas intervenciones para su mejor administración.

Al darse en la Fase de Pre-construcción, el plan de trámites ambientales podría mejorar la planeación en la ejecución de las obligaciones relacionadas con el mismo y, por ende, la obtención de los permisos y licencias correspondientes; lo cual si es adecuadamente manejado por los Concesionarios y se presenta oportuna respuesta de las entidades competentes, podría redundar en una mejor gestión contractual que permita iniciar a tiempo (o incluso anticipadamente) las obras, facilitándose así la consecución de financiación.

Así mismo, aparece como nueva obligación la entrega en los primeros 90 días de la Fase de Pre-construcción, entre otros, del plan de responsabilidad ambiental y social aplicable a la ejecución del proyecto concesionado según los parámetros del Global Reporting Initiative - GRI. Esto sin duda implica subir el estándar respecto de lo que existía para los contratos de 4G, pero es una herramienta que podría mejorar la gestión contractual.

Otra novedad viene de cara al fondeo y creación de nuevas subcuentas dentro del patrimonio autónomo para la atención de estos asuntos, como son la Subcuenta de Cambio Climático y la Subcuenta de Obras Sociales. Estas nuevas subcuentas, aunque diseñadas para atender temas de la mayor importancia,

implicarán recursos adicionales a ser fondeados por los Concesionarios y, consecuentemente, recursos que deberán separarse y congelarse, asunto a considerar dentro de la consecución de la financiación.

Nuevos serán entonces los retos de los adjudicatarios de los contratos de concesión de 5G en material - socio ambiental, en especial en lo que respecta al seguimiento de sus obligaciones ante la ANI y al esfuerzo que deberán dedicar para estos asuntos.

3. Ajustes en materia predial:

Se propone un ajuste integral en materia predial que incluye cambios relacionados con el manejo de los procesos de enajenación de inmuebles y los determinantes de la titulación de predios sobre la remuneración.

Se aborda, por ejemplo, el tratamiento sobre los inmuebles de naturaleza baldía para favorecer la ejecución y continuidad del proyecto. Así como, diferencias sobre los predios adquiridos, los cuales se precisan las condiciones que se deben cumplir para que se pueda obtener tal calidad.

Igualmente, encontramos que si pasados 180 días desde la firma del acta terminación de unidad funcional o de acta de terminación parcial de unidad funcional, el Concesionario no acredita la totalidad de las ofertas formales de compra o las solicitudes de cesión de predios o la obtención

de la adjudicación de predios baldíos, se seguirá un procedimiento que básicamente propone una deducción escalonada según el estado del índice de cumplimiento predial, resaltando que dentro de las ecuaciones para el cálculo de las deducciones no se incluirán los predios afectados por eventos eximentes de responsabilidad o por fuerza mayor predial.

Así, entenderíamos que estamos frente a un cambio importante en la medida que no habría retención de la retribución por la ausencia de titulación, en la medida que hubiere diligencia del Concesionario, cambio drástico respecto de la cuarta generación de concesiones. En otras palabras, bajo el modelo de contrato de 5G no es un requisito para recibir las unidades funcionales tener los predios adquiridos, otorgándose plazos adicionales a los concesionarios que en caso de incumplirse darán lugar a la aplicación de sanciones por parte de la ANI.

Se trata de un cambio que merece un análisis independiente, en donde se revise si la nueva propuesta de tratamiento sobre si los procedimientos reflejados en el Contrato, atienden las necesidades legales y prácticas que la adquisición predial requiere, así como sus efectos sobre la contraprestación a favor del Concesionario.

4. Manejo en casos de emergencia:

Teniendo en cuenta la emergencia sanitaria existente, es imposible no cuestionarse si la cláusula propuesta por los Contratos de 5G atiende adecuadamente ciertos casos que se puedan constituir como eventos eximentes de responsabilidad.

Así, el tratamiento de los citados eventos debería plantear mecanismos que representen una solución oportuna tanto para la ANI como para el Concesionario, pues una de las lecciones que ha dejado hasta el momento el COVID-19 es que la declaratoria sobre efectos adversos que una emergencia como la que vivimos no dan espera y la ausencia o tardía reacción pueden potencializar las implicaciones negativas sobre los proyectos.

En dicha línea, encontramos que el procedimiento de información para la declaratoria de eventos eximentes de responsabilidad, si bien fue modificado y adicionado respecto aquello que debe suministrar la Parte Afectada, así como en relación de los plazos y pasos a seguir; no es evidente que haya una real propuesta para reaccionar frente a casos como la pandemia actual, ni mecanismos claros que protejan las inversiones realizadas y al proyecto.

5. Coordinación con la ANI:

El Contrato de 5G parece buscar un mecanismo de gestión contractual renovado, frente a lo que era la supervisión que ejercía la ANI en 4G.

En este sentido se plantea que existirá un equipo de coordinación y seguimiento de cada proyecto, el cual servirá de apoyo para el cumplimiento de las funciones de la entidad, y que deberá actuar de la mano de la interventoría designada.

Cambiaría entonces el esquema de supervisión en el sentido que contractualmente se plantea que habrá además del funcionario de la ANI que lidere la gestión contractual un equipo de profesionales para acompañar los temas específicos que surjan en virtud del contrato de concesión. Sin perjuicio de lo cual, el desarrollo de la figura del “equipo de coordinación” no es suficientemente clara en el Contrato y merece varias precisiones de la ANI sobre el mismo.

Dicho lo anterior, lo cierto es que la nueva generación trae consigo cambios importantes y aunque puede que hoy no tengamos todas las respuestas y sea difícil predecir si los ajustes serán suficientes para superar todas las dificultades que los proyectos de 4G experimentaron en su implementación y financiación, es claro que el programa de concesiones de 5G se vislumbra como una herramienta del

Gobierno Nacional para reactivar una economía, la cual además seguramente quedará en cuidados intensivos después de la pandemia. Por lo que seguro este será un tema del cual seguiremos hablando con el propósito de impulsar un sector que siempre ha estado de la mano del desarrollo del país.

Estaremos atentos a cualquier comentario o inquietud sobre estos asuntos. Nuestro interés siempre será oírlos y apoyarlos.

CONTACTO: _____



José Alejandro Torres
josealejandro.torres@phrlegal.com



Mariana Posse
mariana.posse@phrlegal.com



Paola Aldana
paola.aldana@phrlegal.com