

# COVID-19: RECOMENDACIONES A LOS CONCESIONARIOS DE INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE

*Las siguientes son recomendaciones para que los concesionarios tengan en cuenta las diferentes alternativas frente a la entidad contratante, sus proveedores y prestamistas, a raíz de la suspensión de ciertas obligaciones contractuales en el contexto de la emergencia sanitaria*

## RECOMENDACIONES ANTE LA ENTIDAD CONTRATANTE

Con ocasión de la emergencia sanitaria ocasionada por el COVID-19 y las medidas de aislamiento impuestas por el Gobierno Nacional y diferentes entidades territoriales, se han proferido

las siguientes normas que puntualmente pueden tener incidencia en los contratos de concesión. Lo anterior sin perjuicio de la compilación completa de normas de infraestructura que han sido expedidas en el marco de la emergencia sanitaria, que podrá encontrar adjunto al presente documento:

| NORMA                              | TEMA   |
|------------------------------------|--|
| <b>Decreto 440</b>                 | Adición y modificación de contratos estatales  |
| <b>Decreto 457</b>                 | Fija 34 excepciones a la medida general de aislamiento obligatorio   |
| <b>Resolución ANI 471</b>          | Suspensión de algunas actuaciones y obligaciones   |
| <b>Decreto 482</b>                 | Medidas para APP y concesiones aeroportuarias, portuarias y de transporte  |
| <b>Decreto 531</b>                 | Incluye como excepción al aislamiento preventivo obligatorio “la ejecución de obras de infraestructura de transporte y obra pública, así como la cadena de suministros de materiales e insumos relacionados con la ejecución de las mismas”. |
| <b>Resolución ANI 4985 de 2020</b> | Medidas para reactivación de obras de infraestructura  |

Las citadas normas incluyen medidas que van desde la suspensión de ciertas obligaciones, de procedimientos administrativos ante la entidad contratante, la suspensión o exención de ciertos cobros e ingresos, entre otros.

Las anteriores medidas podrían generar retrasos en cronogramas de obra y planes de inversión, sobrecostos, costos ociosos, menor recaudo o menores ingresos en los proyectos de concesión, cumplimiento tardío de otras obligaciones en campo.

En la medida que la relación entre la entidad concedente y el concesionario es eminentemente contractual y las normas expedidas no activan per se o de manera automática algunos de los alivios y curas contractuales previstos en los contratos de concesión, es recomendable evaluar la conveniencia de enviar una comunicación a las entidades contratantes correspondientes, en que se ponga de presente la situación de imposibilidad o enorme dificultad derivada de COVID-19 que se haya generado en el caso concreto, e incluir una descripción cuidadosa de los impactos en el contrato. En dicha comunicación deberá solicitarse que conjuntamente se empiecen a evaluar mecanismos de recuperación o restablecimiento del equilibrio económico del contrato de concesión.

En tal sentido, se sugiere acudir a las herramientas que cada contrato provea y adicionalmente en atención a la

ocurrencia de la imposibilidad o enorme dificultad, explorar los siguientes mecanismos:

### 1. Ampliación del plazo contractual.

De manera que el mismo no solo se suspenda con ocasión de la emergencia sanitaria, sino que se amplíe para recuperar los 'costos de arranque' en el post-COVID y el recaudo dejado de percibir. Esta opción ha de validarse siempre que la ampliación del plazo sea posible de cara al modelo financiero de cada proyecto y a las posibilidades de extensión de plazo disponibles en el contrato según los impactos económicos al mismo.

Es posible que ante restricciones presupuestales, la entidad contratante se incline por mecanismos de restablecimiento del equilibrio por la vía de extensión de plazos, lo cual puede tener incidencia, entre otros, en el valor del equity de ciertos inversionistas.

### 2. Compensaciones económicas.

Dirigidas a que se compense por los sobrecostos incurridos (v.g. costos ociosos, reparaciones a los bienes, obras o equipos, etc.), así como por el menor valor de los recaudos, considerando que, especialmente en los modos terrestre y aéreo, el ingreso principal de las concesiones son las tasas de usos que pagan los usuarios de la infraestructura. En relación con el recaudo, podría buscarse el reconocimiento en periodos más tempranos.

Así mismo, deberá validarse el tratamiento de los demás ingresos no percibidos durante la emergencia.

### 3. Cambios en el alcance contractual.

Bien sea mediante reducción o modificación al alcance del Contrato, según las circunstancias técnicas del proyecto lo permitan.

### 4. Renegociación del contrato.

Mediante la suscripción de adiciones y/o prórrogas, o mediante la implementación de mecanismos en los cuales la entidad contratante permita re-equilibrar la ecuación contractual. Se deberá revisar la eventual existencia de “cláusulas hardship”.

### 5. Reajuste de tarifas y/o ingresos regulados.

De manera que, vía revisión o reajuste de los ingresos, se logre reajustar el precio del contrato; lo cual dependerá del análisis del modelo financiero, de la existencia o no de garantías de ingreso y de la situación del contrato de cara a los límites que puedan existir para su modificación.

### 6. Ajuste en los cronogramas de obra y planes de inversión.

Si bien algunas de las normas prevén esta situación, dar claridad sobre el tratamiento concreto para cada proyecto será no solo oportuno sino necesario para la continuidad de las actividades una vez superada la emergencia.

Finalmente, en cada caso será necesario revisar las decisiones que emita el

Consejo de Estado en virtud del análisis de legalidad de las normas expedidas en el marco de la emergencia por COVID-19, junto con sus efectos sobre los contratos de concesión.

## BASES LEGALES DE LA COMUNICACIÓN

Existen varias causas sobre las cuales se puede construir la comunicación anteriormente referida. A continuación, las principales:

#### 1. Teoría de la imprevisión como causa del desequilibrio.

Se presenta cuando situaciones imprevistas y ajenas a las partes convierten la ejecución del contrato en excesivamente onerosa.

#### 2. Ius variandi como causa del desequilibrio.

Se origina por el ejercicio de potestades excepcionales por parte de la entidad pública contratante, haciendo más gravosa la ejecución del contrato.

#### 3. Hecho del príncipe como causa del desequilibrio.

Se causa por la expedición de manifestaciones o actuaciones de la entidad pública contratante actuando en su calidad de entidad pública y no de parte contractual; haciendo más onerosa la ejecución del contrato.

#### 4. Incumplimiento.

En caso de incumplimiento de la entidad estatal, podrá exigirse la resolución o el cumplimiento del contrato, con indemnización de perjuicios.

Sin embargo, para proceder en este supuesto deberá validarse que a su vez la entidad no esté eximida de responsabilidad de cumplimiento por las mismas razones que el concesionario podría plantear, es decir por la situación de emergencia. En este punto habrá de validarse si la parte respectiva está en posibilidad o no de la excepción de contrato no cumplido.

En cualquier caso, se recomienda coordinar con el contratista EPC las bases legales de la comunicación, dado que ello puede tener incidencia en el marco del contrato EPC, no sólo porque normalmente los contratos EPC establecen reglas de coordinación para este tipo de comunicaciones, sino porque debería haber cierto grado de coherencia entre lo que el Concesionario le solicita a la entidad contratante y lo que, por otra parte, responde a sus subcontratistas.

## **RECOMENDACIONES ANTE LOS PROVEEDORES Y SUBCONTRATISTAS**

1. Frente a los subcontratistas y proveedores, en la medida que los contratos lo permitan, es recomendable revisar o ajustar los cronogramas de obras/entregas y plazos para pagos, en proporción a los efectos causados por la emergencia, con el fin de evitar que posteriormente sus proveedores y subcontratistas excusen sus incumplimientos y soliciten

prórrogas injustificadas alegando la emergencia sanitaria. Dado que es razonable que los subcontratistas y proveedores estén también en condiciones precarias para atender sus obligaciones, la modificación de mutuo acuerdo es una opción razonable para ambas partes.

2. De igual forma, en los contratos de diseño, EPC y O&M (según el caso) podrán revisarse los términos en que está pactado el denominado Principio de Transparencia, Transferencia o Back-to-Back, de forma tal que se pueda validar si los impactos adversos sobre el contrato de concesión son transferibles al contratista respectivo en iguales condiciones.
3. Frente a proveedores que consideren que pueden seguir prestando el servicio o suministrando los materiales, bienes y equipos, deberán explorarse alternativas de negociación para la suspensión de los contratos, cuando los hechos indiquen que el Concesionario no puede recibir los bienes y servicios.
4. Frente a los trabajadores de los proveedores y subcontratistas del Concesionario, deberán revisarse las cláusulas sobre obligaciones, garantías e indemnidades laborales otorgadas a favor del concesionario, para poder evaluar el nivel de protección que tiene el concesionario en caso de daños o reclamaciones

iniciadas por los trabajadores de los proveedores y subcontratistas, especialmente en el contexto de la solidaridad de que trata el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo.

De igual manera, se recomienda que el Concesionario exija a sus subcontratistas la implementación de las medidas de prevención y mitigación de contagio en los sitios de trabajo, en los términos de las normas que han sido expedidas (y que se expidan con posterioridad) por cualquier autoridad gubernamental.

5. Evitar constituir la presunción de solidaridad prevista en el artículo 825 del Código de Comercio.

Por supuesto, cada alternativa dependerá del tipo de contrato (v.g., bodegaje, alquiler de maquinaria, importaciones, instalación de maquinaria) y del clausulado de cada uno de dichos contratos.

## RECOMENDACIONES ANTE LOS PRESTAMISTAS

1. Frente a los prestamistas, deberán tomarse oportunamente las medidas contractuales tendientes a evitar que se considere que existe algún incumplimiento del Concesionario bajo los documentos de la financiación por la suspensión de las obligaciones derivadas de los documentos materiales del proyecto (v.g. el Contrato EPC).
2. Para esto se deberán revisar, entre otros: (i) los indicadores financieros acordados, y si como consecuencia de la posible disminución de los ingresos del proyecto, indicadores tales como la cobertura del servicio de la deuda podrían verse afectados; (ii) las obligaciones de hacer y no hacer, para identificar posibles incumplimientos derivados de la obligación de cumplir fechas máximas de entrada en operación del proyecto, y/o la necesidad de solicitar la aprobación de los Prestamistas para modificar los distintos documentos materiales del proyecto tales como el Contrato de Concesión o el Contrato EPC; y/o obligaciones relacionadas con el cumplimiento de los documentos materiales del proyecto (v.g. el Contrato EPC); y (iii) si es posible seguir cumpliendo con las distintas condiciones precedentes para los respectivos desembolsos, en la medida en que usualmente dichos desembolsos requieren el cumplimiento del plan de obras y de los indicadores financieros arriba mencionados.
3. En adición a lo anterior, deberían tomarse en consideración posibles desplazamientos tanto en la inversión como en la entrada de los ingresos del proyecto y/o el monto de recursos disponibles para servir la deuda. Lo anterior, toda vez que como consecuencia de la suspensión de las obligaciones bajo los Contratos de Concesión (en especial en los del modo carretero)

podría existir una diferencia temporal entre el inicio del periodo de amortización y la fecha de entrada de la retribución. Al tiempo que podrían existir afectaciones a la cantidad de recursos disponibles para el pago del servicio de la deuda antes mencionado.

4. También deberá revisarse la posibilidad de que la suspensión de las obligaciones y/o contratos eventualmente se configure en un Efecto Material Adverso bajo los documentos de la financiación que, a la postre, obstaculice la realización de desembolsos y/o que pueda configurar un Evento de Incumplimiento bajo los citados documentos de crédito.
5. En adición a la revisión documental, se sugiere revisar con los asesores técnicos (e.g. el ingeniero independiente) posibles afectaciones y plantear posibles mitigantes de forma tal que los asesores técnicos puedan continuar emitiendo los reportes y las certificaciones que se requieran para los desembolsos bajo la financiación y el cumplimiento de obligaciones contractuales.
6. En caso de que la estructura de la financiación contemple coberturas a través de instrumentos financieros derivados, se sugiere revisar el posible impacto que las variaciones en el tipo de cambio, tasas de interés y posibles retrasos en los desembolsos puedan tener en la estrategia de cobertura.

6. Fruto de la revisión caso a caso de las distintas afectaciones al proyecto, se podrían implementar distintas estrategias frente a los Prestamistas, incluyendo, pero sin limitación, la negociación de dispensas o consentimientos ante las afectaciones temporales, y/o reperfilamientos o refinanciaciones para las afectaciones financieras más profundas. En todo caso, la conveniencia de dichas alternativas depende del estudio profundo tanto de los Documentos de la Transacción, como de las condiciones financieras del mercado (en términos de disponibilidad del mercado y plazos para implementar dichas alternativas).

Estamos en la mayor disposición para profundizar y atender las inquietudes particulares que tengan sobre el presente documento. Nuestra misión es apoyarlos en la toma de decisiones y brindar soluciones para superar juntos esta especial coyuntura de emergencia a causa del COVID-19.

**CONTACTO:** \_\_\_\_\_



**José Alejandro Torres**  
josealejandro.torres@phrlegal.com



**Paola Aldana**  
paola.aldana@phrlegal.com



**Diana Rueda**  
diana.rueda@phrlegal.com