

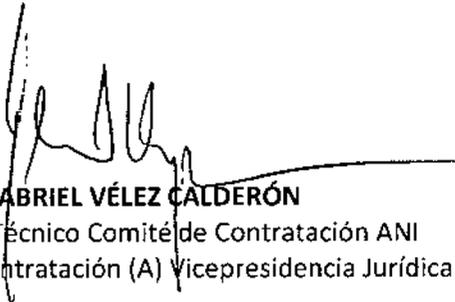
PARA: ANI

DE: **GABRIEL VÉLEZ CALDERÓN**
Secretario Técnico Comité de Contratación ANI
Gerente de Contratación (A) Vicepresidencia Jurídica

FECHA: OCTUBRE DE 2017

ASUNTO Socialización "POLÍTICA TENDIENTE A FACILITAR MAYOR PARTICIPACIÓN DE
INVERSIONISTAS EXTRANJEROS COMO PRESTAMISTAS EN LOS PROYECTOS
DE CONCESIÓN 4G"

En expresa aplicación del literal g) del numeral 9.3 del Título IX del Manual de Contratación, el cual establece como una de las funciones de la Secretaría Técnica del Comité de Contratación la referente a "Socializar al interior de la Entidad las políticas emanadas del Comité relacionadas con la estandarización de políticas en materia contractual, modelos de pliegos de condiciones y criterios para la contratación", se informa a los colaboradores de la Agencia Nacional de Infraestructura que en la Sesión del Comité de Contratación de fecha 15 de septiembre de 2017, contenida en el Acta No. 53, se recomendó la aprobación de la "POLÍTICA TENDIENTE A FACILITAR MAYOR PARTICIPACIÓN DE INVERSIONISTAS EXTRANJEROS COMO PRESTAMISTAS EN LOS PROYECTOS DE CONCESIÓN 4G", documento que fue suscrito por el Dr. Dimitri Zaninovich Victoria, Presidente de la Entidad, el día 20 de septiembre de 2017 y se adjunta a la presente Circular, para su conocimiento y fines pertinentes.


GABRIEL VÉLEZ CALDERÓN

Secretario Técnico Comité de Contratación ANI
Gerente de Contratación (A) Vicepresidencia Jurídica

Anexo: Lo anunciado en siete (7) Folios

Proyectó: María Yahvezzine Del Castillo López – Abogada Gerencia de Contratación Vicepresidencia Jurídica
GADF-F-011

	SISTEMA INTEGRADO DE GESTIÓN		Código: GCSP-PT-001
	PROCESO	GESTIÓN CONTRACTUAL Y SEGUIMIENTO DE PROYECTOS DE INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE	Versión: 001
	POLÍTICA	POLÍTICA TENDIENTE A FACILITAR MAYOR PARTICIPACIÓN DE INVERSIONISTAS EXTRANJEROS COMO PRESTAMISTAS EN LOS PROYECTOS DE CONCESIÓN 4G	Fecha: 20/09/2017

POLÍTICA TENDIENTE A FACILITAR MAYOR PARTICIPACIÓN DE INVERSIONISTAS EXTRANJEROS COMO PRESTAMISTAS EN LOS PROYECTOS DE CONCESIÓN 4G

OBJETIVO: Facilitar mayor participación de inversionistas extranjeros como prestamistas en los proyectos de concesión 4G.

DESCRIPCIÓN

ANTECEDENTES

En el artículo 2° de la Ley 1450 de 2011, por medio de la cual se expidió el Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014, se aprobó como parte de dicha ley, el documento "Bases del Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014 Prosperidad para Todos", el cual resalta la necesidad de vincular al sector privado en el desarrollo de los proyectos de infraestructura pública, así:

"El Gobierno nacional reconoce la importancia de vincular de manera activa al sector privado, no sólo en materia de inversión, sino también en el proceso de conceptualización y socialización de las necesidades que avocan los distintos sectores de infraestructura tanto productiva¹ como social², para alcanzar las ambiciosas metas que se plantean en materia de su desarrollo. Con el fin de dar el impulso a los sectores locomotora de la economía nacional y al sector social, es necesario implementar estrategias que permitan optimizar el uso de los recursos públicos; por lo que resulta esencial desarrollar esquemas de Asociaciones Público-Privadas (APP) y explorar mecanismos alternativos para canalizar inversión y gestión privada eficientes en la modernización, construcción, operación y/o mantenimiento de infraestructura pública.

La vinculación del sector privado permitirá entre otras -como lo ha hecho hasta ahora en algunos sectores-, mantener un elevado ritmo de desarrollo de infraestructura sin impactar la deuda pública en el corto plazo; ahorrar recursos públicos en un horizonte de largo plazo vía una eficiente transferencia de riesgos; responder a las necesidades de las comunidades y de los distintos niveles de la administración pública, tanto del orden nacional como del orden departamental y municipal, en términos de financiamiento alternativo para la construcción, modernización, operación y mantenimiento de la infraestructura, así como de la prestación de servicios complementarios; contribuir con el desarrollo del mercado de capitales colombiano; y alcanzar una mayor dinámica en los procesos de innovación tanto en la construcción, como en la operación y mantenimiento de la infraestructura y sus servicios relacionados, generando bienestar económico y social a la población a través de una mejor y más amplia dotación de infraestructura pública y sus servicios asociados.

¹ Entendida como la infraestructura conformada por todas aquellas obras físicas que permiten elevar los niveles de producción y eficiencia de los sectores que componen la oferta productiva de un país y que contribuyen al crecimiento de la economía.

² Entendida como la infraestructura conformada por las obras y servicios relacionados que permiten incrementar el capital social de una comunidad y su posibilidad de acceder a mayores servicios y/o de mejor calidad.

 Agencia Nacional de Infraestructura	SISTEMA INTEGRADO DE GESTIÓN		Código: GCSP-PT-001
	PROCESO	GESTIÓN CONTRACTUAL Y SEGUIMIENTO DE PROYECTOS DE INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE	Versión: 001
	POLÍTICA	POLÍTICA TENDIENTE A FACILITAR MAYOR PARTICIPACIÓN DE INVERSIONISTAS EXTRANJEROS COMO PRESTAMISTAS EN LOS PROYECTOS DE CONCESIÓN 4G	Fecha: 20/09/2017

Fuertes sumas de inversión privada se han destinado al desarrollo de infraestructura pública. Sin embargo, pese a los logros alcanzados a través de estas inversiones, se requiere trabajar sobre una mejor estructuración de proyectos; desarrollar y fortalecer capacidades institucionales para el análisis, orientación y evaluación de alternativas de participación privada en el desarrollo de infraestructura; establecer criterios de selección de alternativas de provisión de infraestructura; profundizar en el diseño de esquemas de financiamiento que promuevan el uso del mercado de capitales por parte del sector privado para la financiación de proyectos; ampliar el espectro de esquemas de participación privada para el desarrollo de infraestructura en sectores sociales y para la modernización de infraestructura pública de uso institucional". (Subrayado fuera del texto inicial).

En este sentido, en el citado documento, se establece como uno de los ejes de acción sobre el particular, la facilitación y promoción de inversión privada en infraestructura, de la siguiente manera:

"Un elemento central para la atracción de inversión privada es la adecuada estructuración de proyectos. Con el fin de fortalecer la estructuración técnica, legal y financiera de los proyectos a ser ejecutados a través del sector privado, el Gobierno adelantará los estudios y análisis necesarios para dimensionar su alcance y asegurar la adecuada valoración de los riesgos asociados a cada proyecto, de manera que además de facilitar la transferencia de aquellos riesgos que esté en mejor capacidad de administrar el inversionista privado, se puedan generar ahorros en los costos de preparación de propuestas a potenciales oferentes en procesos de licitación. Dichos estudios permitirán establecer entre otros la factibilidad técnica, económica, financiera y legal de los proyectos; estimar adecuadamente su potencial demanda; evaluar los beneficios socioeconómicos esperados; establecer posibles contingencias y planes de acción en materia ambiental y predial; e implantar planes óptimos de inversiones públicas y privadas. Para la estructuración de transacciones complejas o de gran tamaño, se contratarán asesores especializadas, que orienten al Gobierno en el diseño de las transacciones y en la promoción de los proyectos con inversionistas, financiadores e interesados en general, para asegurar procesos competitivos que determinen el costo de las obras a precios de mercado.

La infraestructura desarrollada a través del sector privado, es además un potenciador de los mercados de capitales, por cuanto gran parte de las inversiones involucradas requieren de apalancamiento financiero de largo plazo. En Colombia sin embargo, es necesario trabajar en el fortalecimiento del marco de inversión, en la creación de un marco normativo que genere las condiciones adecuadas para desarrollar proyectos que vinculen capital privado y en la adecuada estructuración de los proyectos, de manera que se generen los incentivos correctos para que los inversionistas privados empleen el mercado de capitales como fuente primaria de financiamiento. Sobre esta temática será definitivo el trabajo adelantado en materia de asignación de riesgos en los procesos de estructuración; pero así mismo será importante propender por generar los incentivos adecuados a través de mecanismos de pago asociados a la disponibilidad de la infraestructura, a la prestación de los servicios y al cumplimiento de estándares de calidad en las distintas etapas del proyecto.

(...)

	SISTEMA INTEGRADO DE GESTIÓN		Código: GCSP-PT-001
	PROCESO	GESTIÓN CONTRACTUAL Y SEGUIMIENTO DE PROYECTOS DE INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE	Versión: 001
	POLÍTICA	POLÍTICA TENDIENTE A FACILITAR MAYOR PARTICIPACIÓN DE INVERSIONISTAS EXTRANJEROS COMO PRESTAMISTAS EN LOS PROYECTOS DE CONCESIÓN 4G	Fecha: 20/09/2017

En complemento de lo anterior, se reforzará el trabajo que se viene desarrollando en la actualidad a través de Proexport y de la oficina de Relaciones con inversionistas del Ministerio de Hacienda y Crédito Público en materia de promoción de inversión extranjera para el sector de infraestructura, buscando aprovechar la metodología y experiencia de promoción ya existente en ambas entidades para generar sinergias con las entidades públicas que promoverán y ejecutarán proyectos de infraestructura con participación privada, con el fin de atraer inversionistas extranjeros de talla mundial que refuercen y complementen la competencia en la financiación, oferta de construcción, operación y mantenimiento de infraestructura pública y sus servicios conexos". (Subrayado fuera del texto inicial).

Con fundamento en esto se fijó como segundo eje de acción en el mismo documento, el impulso a las Asociaciones Público-Privadas como mecanismo para el desarrollo de infraestructura pública:

"Las Asociaciones Público-Privadas (APP) son esquemas eficientes de colaboración entre el sector público y el sector privado que permiten la financiación y provisión en el largo plazo, por parte del sector privado, de infraestructura y/o equipamientos públicos y servicios conexos a éstos, a cambio de una remuneración que se fija de acuerdo con la disponibilidad y el nivel del servicio de la infraestructura y/o servicio; lo que desde luego implica una transferencia total o parcial de riesgos al sector privado, que deberá darse en términos eficientes, de acuerdo con su capacidad de administración de riesgos, velando siempre por la satisfacción efectiva de las necesidades públicas.

Ante las restricciones de orden fiscal existentes y la necesidad imperiosa de activar las locomotoras para el crecimiento, el Gobierno impulsará el uso de un nuevo esquema de gestión de proyectos en el marco de las Asociaciones Público Privadas, que propenda por el desarrollo de infraestructura, mediante el uso de mejores prácticas internacionales, no sólo en los sectores que tradicionalmente se han beneficiado de la vinculación del sector privado, sino en la construcción y desarrollo de infraestructura social y de uso institucional, que permita prestar un mejor servicio a todos los ciudadanos, donde las eficiencias que genere el sector privado repercutan directamente en beneficios para la sociedad.

Dentro del nuevo enfoque de Asociaciones Público Privadas se busca: (1) estructurar los mecanismos de pago del gobierno y evaluar la infraestructura en función del servicio que se ofrece a los beneficiarios, medido en términos de desempeño, calidad y disponibilidad; (2) optimizar la transferencia y distribución de riesgos de los proyectos, con base en una valoración rigurosa de éstos y un cuidadoso análisis en términos de eficiencia en la asignación de los mismos; (3) explorar fuentes complementarias de ingresos para el inversionista privado, que faciliten el financiamiento de la infraestructura pública –por explotación comercial, inmobiliaria, etc.–, y (4) alinear los incentivos del inversionista privado y de los distintos actores involucrados en todas las etapas de desarrollo del proyecto, propendiendo por la culminación oportuna de las obras, la ejecución de la mejor construcción posible de cara a la optimización de los costos de mantenimiento a cargo del privado, y la financiación de largo plazo de los proyectos; aspectos que sin duda incentivarán la búsqueda de recursos a través del mercado de capitales por parte de los inversionistas privados. Como elemento fundamental del proceso de evaluación previa a la ejecución de los proyectos con participación privada que requieran aportes públicos, se introducirá una evaluación cuantitativa y

	SISTEMA INTEGRADO DE GESTIÓN		Código: GCSP-PT-001
	PROCESO	GESTIÓN CONTRACTUAL Y SEGUIMIENTO DE PROYECTOS DE INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE	Versión: 001
	POLÍTICA	POLÍTICA TENDIENTE A FACILITAR MAYOR PARTICIPACIÓN DE INVERSIONISTAS EXTRANJEROS COMO PRESTAMISTAS EN LOS PROYECTOS DE CONCESIÓN 4G	Fecha: 20/09/2017

cuantitativa de los beneficios que generaría el desarrollo de un proyecto bajo un esquema APP en relación con su ejecución bajo un esquema tradicional de obra pública, incorporando un cálculo adecuado de costos del proyecto ajustados por riesgos en ambas alternativas.

Lo anterior, le permitirá al Estado seleccionar la modalidad de ejecución de cada proyecto y la provisión de infraestructura más apropiada, contribuyendo con la eficiencia en la asignación del gasto público, y procurando generar valor para la sociedad con los recursos invertidos y controlar el gasto dentro de un riguroso marco de disciplina fiscal (...)"
(Subrayado fuera del texto inicial).

En línea con lo expuesto, el Ministerio de Hacienda radicó un proyecto de ley por el cual se establece el régimen de las asociaciones público privadas, ley que fue aprobada por el Congreso de la República el 10 de enero de 2012, Ley 1508 de 2012, que en su artículo primero define las Asociaciones Público Privadas como un instrumento de vinculación de capital privado, que se materializa en un 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.

Por su parte, la Corte Constitucional en Sentencia C-300 de 2012, pone de presente como las concesiones son una modalidad de las asociaciones público privadas:

"Recientemente, la ley 1508 de 2012 se ocupó nuevamente de la materia al introducir la denominación de las "asociaciones público privadas" proveniente de la literatura internacional³. Su artículo 1° define estas asociaciones como "(...) un instrumento de vinculación de capital privado, que se materializan en un 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." A continuación, el artículo 2° precisa que las concesiones -artículo 32.4 de la ley 80- son una modalidad de asociación público privada y que, por tanto, según el artículo 3 ibídem, se deben regir de forma específica por esta ley cuando su precio exceda los 6.000 smmlv".

La figura de los contratos de concesión ha sido ampliamente estudiada por la jurisprudencia nacional, destacándose, entre otras, la providencia emitida por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, el 18 de marzo de 2010, con número de radicación 25000-23-26-000-1994-00071-01(14390), Magistrado Ponente Mauricio Fajardo Gómez en la que se subraya el aspecto financiero de este tipo de negocio jurídico:

"La fuente de los recursos destinados a financiar la ejecución del objeto material de la concesión y particularmente la responsabilidad de su consecución, constituye por tanto, el

³ Ver GRAEME A. Hodge & CARSTEN Greve "Public-Private Partnerships: An International Performance Review", "Public Administration Review" Volume 67, Issue 3, (May|June) 2007.

	SISTEMA INTEGRADO DE GESTIÓN		Código: GCSP-PT-001
	PROCESO	GESTIÓN CONTRACTUAL Y SEGUIMIENTO DE PROYECTOS DE INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE	Versión: 001
	POLÍTICA	POLÍTICA TENDIENTE A FACILITAR MAYOR PARTICIPACIÓN DE INVERSIONISTAS EXTRANJEROS COMO PRESTAMISTAS EN LOS PROYECTOS DE CONCESIÓN 4G	Fecha: 20/09/2017

elemento básico que integra la definición del negocio concesional y, “distingue claramente la concesión del contrato de obra pública, porque en éste la retribución del contratista consiste en un precio”; ello da lugar a entender que la concesión se estructura y se caracteriza como un típico negocio financiero en el cual el particular destina a la construcción de una obra pública, a la prestación de un servicio o a la explotación de un bien de dominio público, recursos propios o gestados por él por su propia cuenta y bajo su propia responsabilidad, mientras que el Estado se obliga a las correspondientes prestaciones que permiten al concesionario recuperar su inversión y obtener sus ganancias mediante cualquiera de los mecanismos permitidos por la ley y convenidos en cada caso para obtener el repago de la inversión privada y sus rendimientos”. (Subrayado fuera del texto inicial).

En el señalado contexto, es claro que la financiación de proyectos de infraestructura mediante la vinculación de capital privado resulta clave, razón por la cual, la Comisión de Infraestructura, convocada en su momento por la Presidencia de la República, en informe de octubre de 2012 pone de presente los desafíos a enfrentar sobre el particular:

*“Asegurar la disponibilidad de los fondos públicos vía tributación, privatizaciones, endeudamiento o recomposición del gasto es una responsabilidad del Gobierno Nacional. La materialización del 45% privado es una tarea compleja que, en gran medida, depende de la correcta utilización de las herramientas disponibles para atraer los recursos por tres vías: (i) capital privado invertido directamente en los proyectos; (ii) financiación bancaria; y (iii) recursos del mercado de capitales.
(...)”*

A futuro no será fácil que los bancos aumenten significativamente su capacidad de prestar a 10 o 15 años, que es el horizonte común de un proyecto de infraestructura. Ello en razón a dificultades relacionadas con su estructura de fondeo, las restricciones regulatorias y la administración del riesgo de crédito”.

Por su parte, el Gobierno Nacional fijó mediante el Documento CONPES 3760, de agosto 20 de 2013, los lineamientos de política del programa de cuarta generación de concesiones viales (4G), dirigido a reducir la brecha en infraestructura y consolidar la red vial nacional a través de la conectividad continua y eficiente entre los centros de producción y de consumo, con las principales zonas portuarias y con las zonas de frontera del país.

A la luz del aludido CONPES, el programa de cuarta generación de concesiones viales recoge la experiencia progresiva del país de más de 20 años en la materia y aboga por un creciente rol por parte del sector privado en los proyectos de infraestructura, destacando para el efecto el enfoque que trae la Ley 1508 de 2012.

“Históricamente, las concesiones se han catalogado como contratos que van más allá de la financiación del desarrollo físico de proyectos de infraestructura. En ese sentido, se han percibido falencias del modelo que implicaron una baja participación de los privados en

 Agencia Nacional de Infraestructura	SISTEMA INTEGRADO DE GESTIÓN		Código: GCSP-PT-001
	PROCESO	GESTIÓN CONTRACTUAL Y SEGUIMIENTO DE PROYECTOS DE INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE	Versión: 001
	POLÍTICA	POLÍTICA TENDIENTE A FACILITAR MAYOR PARTICIPACIÓN DE INVERSIONISTAS EXTRANJEROS COMO PRESTAMISTAS EN LOS PROYECTOS DE CONCESIÓN 4G	Fecha: 20/09/2017

términos de la relación de capital propio frente al valor total de los contratos, lo cual supone un apalancamiento excesivo de los proyectos en recursos públicos.

Así mismo, se ha observado una baja participación de inversionistas institucionales en la financiación de los proyectos, por lo que experiencias recientes, buscaron mecanismos para racionalizar el uso de recursos públicos y optimizar la participación del sector privado como socio estratégico en el desarrollo y financiación de proyectos a largo plazo.

Con la expedición de la Ley 1508 de 2012, se incorporan cambios importantes para el desarrollo de la infraestructura, lo primero es que las retribuciones con recursos del Estado se condicionan a la disponibilidad, al nivel de servicio y a los estándares de calidad fijados en el contrato. En este sentido, el socio privado deberá financiar la construcción de la infraestructura, hasta tanto se culmine cada una de las unidades funcionales en las que se divide el proyecto. Lo anterior, busca alinear incentivos para que el privado construya rápidamente y en esta medida tenga el derecho de percibir su retribución. Lo segundo es que tiene el incentivo a construir con materiales de buena calidad, por cuanto esto le significará menos recursos invertidos en la etapa de mantenimiento (OPEX) y asegurarse de recibir el máximo posible de retribución, la cual está condicionada a la disponibilidad de la infraestructura y al cumplimiento de niveles de servicio y estándares de calidad”.

En este orden de ideas, sobresale como parte del esquema contractual de asignación de riesgos que el concesionario asuma la financiación de la construcción de la infraestructura y, en función de la disponibilidad de la misma, con el cumplimiento de los correspondientes indicadores de servicio, obtenga el repago de su inversión. Esto obedece a una disposición plasmada en el artículo 5° de la Ley 1508 de 2012, modificado por el artículo 37 de la Ley 1753 de 2015, en virtud de la cual el derecho al recaudo de recursos por la explotación económica del proyecto, a recibir desembolsos de recursos públicos o a cualquier otra retribución, en proyectos de asociación público privada, se encuentra condicionado a la disponibilidad de la infraestructura, al cumplimiento de niveles de servicio, y estándares de calidad en las distintas etapas del proyecto, y los demás requisitos que determine el reglamento.

Cabe anotar que, con el apoyo de la Corporación Financiera Internacional, integrante del Grupo del Banco Mundial, y tomando experiencias de las concesiones del pasado y buenas prácticas internacionales, se concibió el contrato parte general para la cuarta generación de concesiones buscando, entre otros, flexibilidad para el desarrollo de estructuras financieras, para éstos, en cuanto a los prestamistas, se establecen unas características para diferentes prestamistas:

“3.8 Cierre Financiero

(...)

(d) Características de los Prestamistas:

(i) Si los Prestamistas son entidades financieras colombianas deberán estar vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia.

(ii) Si los Prestamistas son entidades financieras del exterior, deberán contar con código de acreedor externo, expedido conforme a las reglas expedidas por el Banco de la República, de acuerdo con las normas aplicables. También deberán ser entidades vigiladas por el equivalente

	SISTEMA INTEGRADO DE GESTIÓN		Código: GCSP-PT-001
	PROCESO	GESTIÓN CONTRACTUAL Y SEGUIMIENTO DE PROYECTOS DE INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE	Versión: 001
	POLÍTICA	POLÍTICA TENDIENTE A FACILITAR MAYOR PARTICIPACIÓN DE INVERSIONISTAS EXTRANJEROS COMO PRESTAMISTAS EN LOS PROYECTOS DE CONCESIÓN 4G	Fecha: 20/09/2017

o la Superintendencia Financiera de la jurisdicción de incorporación (si es financiación internacional de mercado de capitales, no se acreditará esta condición).

(iii) Si los Prestamistas son Fondos de Capital Privado, deberán cumplir como mínimo con los requisitos previstos en las normas aplicables a las inversiones admisibles de los recursos administrados por las sociedades administradoras de fondos de pensiones y cesantías que operan en Colombia contempladas en el Decreto 2555 de 2010 –o las normas que la modifiquen, complementen o sustituyan– y acreditar dicho cumplimiento mediante la expedición de una certificación del gestor profesional o del gerente o del fund manager.

(iv) Si los Prestamistas son personas naturales o jurídicas diferentes de las anteriores, deben ser tenedores de títulos emitidos en el mercado de capitales para que sus aportes sean considerados Recursos de Deuda.

(v) Los Prestamistas podrán corresponder también a cualquiera de las modalidades previstas en el Apéndice Financiero 2, para ser Cesionario Aceptable (como ese término se define en dicho Apéndice).

(vi) También podrán ser Prestamistas (A) las entidades multilaterales de crédito cuyos principales accionistas sean gobiernos soberanos; o (B) las agencias de crédito a la exportación propiedad de gobiernos soberanos.

(vii) Las demás características establecidas en la Parte Especial”.

A su vez, teniendo en cuenta la referencia que se hace en cuanto al Cesionario Aceptable, el apéndice financiero 2 del contrato de concesión estipula al respecto:

“CAPÍTULO I

Definiciones

(...)

4. “Cesionario Aceptable”: significa

(i) Una entidad con domicilio en la República de Colombia vigilada por la Superintendencia Financiera de Colombia o cualquier Autoridad Gubernamental que la remplace en sus funciones;

(ii) Una entidad (a) domiciliada en una jurisdicción reconocida por la Superintendencia Financiera de Colombia o cualquier Autoridad Gubernamental que la remplace en sus funciones; y (b) que se encuentre vigilada por un ente regulador que ejerza funciones de supervisión, vigilancia o control sobre entidades financieras en el domicilio de la respectiva entidad;

(iii) Un fondo de capital privado con domicilio en Colombia constituido de conformidad con las Leyes Aplicables y que cuenten dentro de sus inversionistas con entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia o cualquier Autoridad Gubernamental que la remplace en sus funciones;

(iv) Un fondo de capital privado (a) domiciliado en una jurisdicción reconocida por la Superintendencia Financiera de Colombia o cualquier Autoridad Gubernamental que la remplace en sus funciones; y (b) que cumplan con los requisitos de admisibilidad de inversiones establecido por la Superintendencia Financiera para los Fondos de Pensiones.

	SISTEMA INTEGRADO DE GESTIÓN		Código: GCSP-PT-001
	PROCESO	GESTIÓN CONTRACTUAL Y SEGUIMIENTO DE PROYECTOS DE INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE	Versión: 001
	POLÍTICA	POLÍTICA TENDIENTE A FACILITAR MAYOR PARTICIPACIÓN DE INVERSIONISTAS EXTRANJEROS COMO PRESTAMISTAS EN LOS PROYECTOS DE CONCESIÓN 4G	Fecha: 20/09/2017

(v) Un patrimonio autónomo constituido en virtud de un contrato de fiducia mercantil celebrado por el Concesionario en calidad de originador con el objeto de realizar una titularización de los derechos económicos derivados del presente Contrato de conformidad con el Libro Sexto de la Parte 5 del Decreto 2555 de 2010 o cualquier Ley Aplicable que lo modifique o reemplace y previamente autorizada por la Superintendencia Financiera de Colombia o cualquier Autoridad Gubernamental que la reemplace en sus funciones. Para el caso que cumpla estas condiciones podrá ser el Patrimonio Autónomo-Deuda;

(vi) Un patrimonio autónomo constituido en virtud de un contrato de fiducia mercantil celebrado por el Concesionario y/u otras terceras personas en calidad de originadores con el objeto de titularizar los derechos económicos derivados del presente Contrato y/o de otros contratos regulados por la Ley 1508 de 2012 o cualquier Ley Aplicable que lo modifique o reemplace, de conformidad con el Libro Sexto de la Parte 5 del Decreto 2555 de 2010 o cualquier Ley Aplicable que lo modifique o reemplace y previamente autorizada por la Superintendencia Financiera de Colombia o cualquier Autoridad Gubernamental que la reemplace en sus funciones; o

(vii) Una sociedad titularizadora de activos no hipotecarios (STANH) vigilada por la Superintendencia Financiera de Colombia o cualquier Autoridad Gubernamental que la reemplace en sus funciones y autorizada para el desarrollo de procesos de titularización no hipotecarios en los términos definidos en la Ley 1328 de 2009 y en el Decreto 2555 de 2010 o cualquier Ley Aplicable que los modifique o reemplace”.

DIAGNÓSTICO

Ahora bien, el Presidente de la Cámara Colombiana de Infraestructura en comunicación del 8 de agosto de 2017 dirigida al Ministro de Transporte, con copia la Agencia Nacional de Infraestructura mediante radicado ANI 2017-409-083630-2 del mismo día, recoge unos puntos que, a juicio del gremio de la infraestructura, requieren de atención urgente para dinamizar la consecución de los cierres financieros del Programa de Cuarta Generación de concesiones viales:

“La Ley 1508 de 2012 de APP, establece como condición para el pago de los aportes de capital público (remuneración) la disponibilidad de la infraestructura. Esto implica que la totalidad de la etapa pre-operativa debe ser financiada con recursos privados. Dado que durante la etapa pre-operativa, por el mismo principio de pago por disponibilidad el concesionario no tiene ingresos, la gestión de los recursos de financiamiento está soportada en la fortaleza del contrato, pues es ahí donde se establece el flujo de ingresos futuros del proyecto, los cuales a su vez son la fuente del pago de la deuda”

Así las cosas, de la citada misiva, se vislumbra un escenario en el que la capacidad limitada de financiamiento local para cubrir las necesidades de apalancamiento del capital y la deuda de los proyectos necesariamente ha conducido a los concesionarios a acudir a financiadores internacionales.

	SISTEMA INTEGRADO DE GESTIÓN		Código: GCSP-PT-001
	PROCESO	GESTIÓN CONTRACTUAL Y SEGUIMIENTO DE PROYECTOS DE INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE	Versión: 001
	POLÍTICA	POLÍTICA TENDIENTE A FACILITAR MAYOR PARTICIPACIÓN DE INVERSIONISTAS EXTRANJEROS COMO PRESTAMISTAS EN LOS PROYECTOS DE CONCESIÓN 4G	Fecha: 20/09/2017

En este sentido es la obligación del concesionario establecer la estructura de financiamiento más acorde a las necesidades del proyecto y a la capacidad de repago de los recursos de deuda. Por tanto, los concesionarios deben acudir a diferentes actores del sistema financiero para lograr el cierre financiero de los proyectos.

En la medida que el programa abarca un gran número de grandes proyectos la demanda por recursos en particular de la banca local es sin precedentes y presiona la capacidad del mercado colombiano.

En efecto, en un estudio, de julio de 2017, de ANIF, titulado “Crédito Bancario e Infraestructura Vial en Colombia: Exigencias de Basilea III y Concesiones 4G”, aborda las limitaciones de la banca local para financiar los aludidos proyectos:

“Hemos visto cómo cumplir la meta prospectiva del 50% de financiamiento bancario luce algo exigente, dadas las elevadas exposiciones del sistema financiero local al financiamiento de infraestructura (siendo particularmente vinculante el copiamiento del mencionado “cuposector”, deteriorándose hacia el rango 16%-18% de la cartera comercial frente al 7% actual y el 10%-15% tolerable, según las buenas prácticas de la industria).

Por todo lo anterior, no luce recomendable para el sector bancario, si se quiere preservar su solidez financiera hasta ahora bien ganada, pensar en elevar la exposición bancaria en proyectos de infraestructura del actual 7% hacia un desafiante 16%-18% del total de la cartera comercial bancaria. Ello por las siguientes consideraciones: i) regulatorias-prudenciales (los mencionados sacrificios en solvencia y fondeo de largo plazo bajo Basilea III); y ii) el potencial crowding out de otros tipos de cartera sectorial, en plena fase de desaceleración de la economía colombiana.

(...)

Todos estos faltantes de financiamiento son susceptibles de agravarse, dadas las necesidades adicionales de la financiación de la porción del propio equity (capital) de los concesionarios (en promedio cerca del 30% del valor de los proyectos). Dicho financiamiento del capital está tomando la forma de garantías líquidas provistas por la banca nacional. La diferencia, respecto al financiamiento vía Project Finance en la porción de deuda, es que dichos recursos están proveyéndose vía préstamos comerciales tradicionales. Esto último implica llevar a cabo el análisis crediticio usual de los estados financieros del deudor. Infortunadamente, algunos concesionarios han expresado algo de “reticencia” a la hora de suministrar toda la información requerida de sus balances a los bancos. Estimaciones recientes muestran que se estarían requiriendo cerca de \$12.2 billones para “respaldar” el equity de la totalidad del programa de infraestructura 4G (ver Bancolombia, 2016)”.

Además, organismos como la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico – OCDE, ante las restricciones de financiamiento en infraestructura que se presentan en los últimos años,

	SISTEMA INTEGRADO DE GESTIÓN		Código: GCSP-PT-001
	PROCESO	GESTIÓN CONTRACTUAL Y SEGUIMIENTO DE PROYECTOS DE INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE	Versión: 001
	POLÍTICA	POLÍTICA TENDIENTE A FACILITAR MAYOR PARTICIPACIÓN DE INVERSIONISTAS EXTRANJEROS COMO PRESTAMISTAS EN LOS PROYECTOS DE CONCESIÓN 4G	Fecha: 20/09/2017

resaltan el rol que están llamados a jugar los inversionistas distintos a los tradicionales prestamistas bancarios⁴.

La OCDE, por ejemplo, resalta el gran potencial de financiamiento entre los inversionistas institucionales (tradicionales y no tradicionales) a ser aprovechado en la colocación de recursos en infraestructura, especialmente por parte de inversionistas a largo plazo, como las compañías de seguros y los fondos de pensiones, entre otros.

Sin embargo, se observa que, en materia de posibles prestamistas, el contrato no hace mención a los créditos directos de inversionistas institucionales, ni sociedades como vehículos de inversión de las entidades bancarias. En jurisdicciones distintas a la colombiana, los inversionistas institucionales están facultados para invertir los recursos de deuda directamente en los proyectos, no necesariamente tienen naturaleza jurídica de entidades financieras, como tampoco la tienen las subsidiarias o vehículos de inversión 100% controlados por entidades financieras del exterior, a través de los cuales estas últimas pueden operar.

Por otro lado, se debe precisar también el mecanismo para que otros agentes del mercado de capitales, puedan ser financiadores del proyecto es a través de títulos emitidos por medio del mercado de valores. Si bien es cierto que, la Sección 3.8 (d) (iv), para el caso de personas naturales o jurídicas diferentes a las enumeradas previamente en los anteriores numerales del literal (d), prevé que deberán ser tenedoras de títulos emitidos en el mercado de capitales para poder ser prestamistas, esto en realidad no es, para el efecto, un criterio verdaderamente determinante para calificar o descalificar a alguien. El simple hecho de tener o no, títulos emitidos en el mercado de capitales, no demuestra la solvencia e idoneidad que se le debería exigir a un prestamista en proyectos de la envergadura de las concesiones 4G.

Más aún, con la actual redacción de la disposición contractual en comento, se abre la puerta para que con la sencilla circunstancia de ser tenedor de títulos emitidos en el mercado de capitales una persona natural o jurídica se convierta, sin más, en prestamista, es decir, sin consideración a su solidez financiera. De igual manera, se puede presentar lo contrario, que quien cuente con tal solidez sea descalificado como prestamista por no cumplir con un requisito insustancial como lo es el ser tenedor de títulos emitidos en el mercado de capitales.

⁴ Infrastructure Financing Instruments and Incentives (<http://www.oecd.org/finance/private-pensions/Infrastructure-Financing-Instruments-and-Incentives.pdf>).
Private Financing and Government Support to Promote Long-Term Investments in Infrastructure (<https://www.oecd.org/daf/fin/private-pensions/Private-financing-and-government-support-to-promote-LTI-in-infrastructure.pdf>).
Institutional Investors and Infrastructure Financing (<https://www.mmc.com/content/dam/mmc-web/Files/OECD-Institutional-investors-and-Infrastructure-financing-Working-Paper-No-36.pdf>).
Infrastructure Financing Trends (https://www.ifc.org/wps/wcm/connect/99019f804c66cfb19e63bfd4c83f5107/EMCompass_note05.pdf?MOD=AJPERES)

	SISTEMA INTEGRADO DE GESTIÓN		Código: GCSP-PT-001
	PROCESO	GESTIÓN CONTRACTUAL Y SEGUIMIENTO DE PROYECTOS DE INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE	Versión: 001
	POLÍTICA	POLÍTICA TENDIENTE A FACILITAR MAYOR PARTICIPACIÓN DE INVERSIONISTAS EXTRANJEROS COMO PRESTAMISTAS EN LOS PROYECTOS DE CONCESIÓN 4G	Fecha: 20/09/2017

RECOMENDACIÓN

Así, con el fin de hacer claridad al literal (d), numeral 3.8, de la Parte General del Contrato de Concesión, se hace necesario precisar unos criterios suficientemente objetivos y razonables para calificar a un prestamista como aceptable y, en consecuencia, salvaguardar la viabilidad de los proyectos de infraestructura 4G, con el propósito de atraer capitales privados foráneos que, se sabe, exigen certidumbre y claridad en las reglas de juego.

En virtud de lo aquí señalado se propone una redacción uniforme a los contratos de concesión 4G, en relación con la aludida Sección 3.8 (d) de la Parte General de los mismos:

“3.8 Cierre Financiero

(...)

(d) Características de los Prestamistas:

- (i) Si los Prestamistas son entidades financieras colombianas deberán estar vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia.
- (ii) Si los Prestamistas son entidades financieras del exterior, deberán contar con código de acreedor externo, expedido conforme a las reglas expedidas por el Banco de la República, de acuerdo con las normas aplicables. También deberán ser entidades vigiladas por el equivalente a la Superintendencia Financiera de la jurisdicción de incorporación (si es financiación internacional de mercado de capitales, no se acreditará esta condición).
- (iii) Si los Prestamistas son sociedades subordinadas, subsidiarias o controladas por una entidad financiera del exterior, deberán: (i) estar domiciliados en una jurisdicción reconocida por la Superintendencia Financiera de Colombia o cualquier Autoridad Gubernamental que la remplace en sus funciones; (ii) contemplar en su objeto social el otorgamiento de créditos; (iii) su matriz cumplir con los requisitos establecidos en el numeral (ii) de la Sección 3.8 (d); (iv) su matriz consolidar en sus estados financieros al Prestamista de acuerdo con la NIIF 10, la ASC 810 o la norma contable que la remplace o sustituya en esa jurisdicción; y (v) cumplir con las políticas corporativas de su matriz en materia de administración de riesgos.
- (iv) Si se trata de Prestamistas que son inversionistas institucionales extranjeros tal como un administrador de fondos de pensiones y/o cesantías, una compañía aseguradora, un fondo mutuo de inversión, o es una sociedad subordinada, subsidiaria o controlada por un inversionista institucional extranjero, los Prestamistas deberán (i) estar domiciliados en una jurisdicción que haga parte de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), cuya deuda

	SISTEMA INTEGRADO DE GESTIÓN		Código: GCSP-PT-001
	PROCESO	GESTIÓN CONTRACTUAL Y SEGUIMIENTO DE PROYECTOS DE INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE	Versión: 001
	POLÍTICA	POLÍTICA TENDIENTE A FACILITAR MAYOR PARTICIPACIÓN DE INVERSIONISTAS EXTRANJEROS COMO PRESTAMISTAS EN LOS PROYECTOS DE CONCESIÓN 4G	Fecha: 20/09/2017

soberana cuenta con grado de inversión según las escalas de calificación de una sociedad calificadora aceptada internacionalmente, y que dicha jurisdicción sea reconocida por la Superintendencia Financiera de Colombia o cualquier Autoridad Gubernamental que la remplace en sus funciones; (ii) contemplar en su objeto social el otorgamiento de créditos; (iii) acreditar, directamente o a través de su matriz, un mínimo de mil millones de dólares (US\$1.000 millones) en inversiones en infraestructura; y (iv) contar con sistemas de evaluación y administración de riesgos, así como de supervisión, control, y reporte de gestión.

- (v) Si los Prestamistas son Fondos de Capital Privado, deberán cumplir como mínimo con los requisitos previstos en las normas aplicables a las inversiones admisibles de los recursos administrados por las sociedades administradoras de fondos de pensiones y cesantías que operan en Colombia contempladas en el Decreto 2555 de 2010 –o las normas que la modifiquen, complementen o sustituyan– y acreditar dicho cumplimiento mediante la expedición de una certificación del gestor profesional o del gerente o del fund manager.
- (vi) Si el Concesionario ha optado por la financiación de los Recursos de Deuda a través de emisiones en el mercado de capitales, cualquier persona natural o jurídica que sea tenedora de títulos emitidos por el Concesionario, el Patrimonio Autónomo o el vehículo de financiación que éste haya utilizado, será considerada Prestamista y sus aportes serán Recursos de Deuda.
- (vii) Los Prestamistas podrán corresponder también a cualquiera de las modalidades previstas en el Apéndice Financiero 2, para ser Cesionario Aceptable (como ese término se define en dicho Apéndice).
- (viii) También podrán ser Prestamistas (A) las entidades multilaterales de crédito cuyos principales accionistas sean gobiernos soberanos; o (B) las agencias de crédito a la exportación propiedad de gobiernos soberanos.
- (ix) Las demás características establecidas en la Parte Especial”.

ACCIONES

1. Difundir la presente política al interior de la Entidad y con las concesiones 4G en marcha.
2. Para la revisión y actualización de la presente política se someterá a consideración del comité de contratación de la Entidad.

 ANI Agencia Nacional de Infraestructura	SISTEMA INTEGRADO DE GESTIÓN		Código: GCSP-PT-001
	PROCESO	GESTIÓN CONTRACTUAL Y SEGUIMIENTO DE PROYECTOS DE INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE	Versión: 001
	POLÍTICA	POLÍTICA TENDIENTE A FACILITAR MAYOR PARTICIPACIÓN DE INVERSIONISTAS EXTRANJEROS COMO PRESTAMISTAS EN LOS PROYECTOS DE CONCESIÓN 4G	Fecha: 20/09/2017

La presente política fue sometida a aprobación ante el Comité de Contratación de la ANI, instancia que recomendó su suscripción, según acta No 53 del 15 de septiembre de 2017.

CONTROL DE CAMBIOS				
VERSIÓN	FECHA	DESCRIPCIÓN DEL CAMBIO		
001	20/09/2017	Creación de Política aprobada por el comité de Contratación		
APROBACIÓN				
	Nombre	Cargo	Fecha	Firma
Elaborado	Priscila Sánchez Sanabria	Gerente Grupo Asesoría Jurídica 2	11/09/2017	
Revisado	Diana Ximena Corredor Reyes	Gerente G.I.T Financiero 1	15/09/2017	ORIGINAL FIRMADO
	Poldy Paola Osorio Álvarez	Gerente G.I.T Riesgos	15/09/2017	
	Gloria Inés Cardona Botero	Gerente Carretero 4	15/09/2017	
	Gabriel Vélez Calderón	Gerente de Contratación (A)	15/09/2017	
	Andres Figueredo Serpa	Vicepresidente de Gestión Contractual	15/09/2017	
	Fernando Iregui Mejía	Vicepresidente Jurídico	15/09/2017	
	Luis Fernando Mejía Gómez	Vicepresidente Ejecutivo	15/09/2017	
Aprobado	Dimitri Zaninovich Victoria	Presidente	20/09/2017	
Vo.Bo. Calidad	Nancy Paola Morales Castellanos	Gestor - Calidad	20/09/2017	