

Puertos: Hacia una realidad distinta Colombia

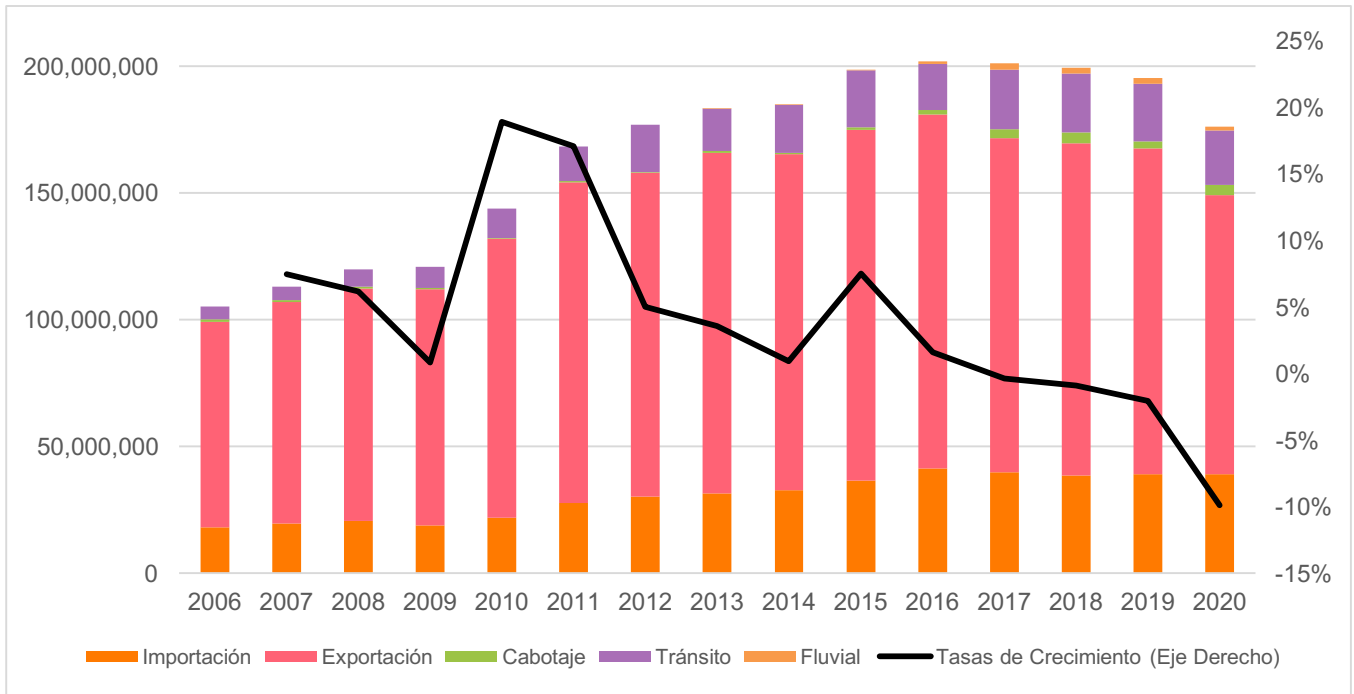


Contexto Nacional Colombiano

Casi tres décadas después, de tal vez la más exitosa y pionera restructuración institucional en materia de transporte y competitividad, basada en la promoción de mecanismos de mercado en los servicios portuarios; cambio del rol del Estado en el desarrollo de la actividad; y promoción de la iniciativa de inversión privada gestionando la totalidad de los riesgos de la actividad de prestación de servicios de infraestructura y operaciones portuarias, se establecen concesionarios que pueden prestar el servicio público o realizar operaciones propias de una cadena logística especializada en el país.

Colombia tiene 9 zonas portuarias, 8 continentales y 1 insular, en el nororiente continental la península de La Guajira colindante con Venezuela, y sus vecinas inmediatas Santa Marta y Ciénaga movilizan principalmente carbón térmico, una parte importante de ellos, es extraído de una de las minas a cielo abierto más grandes del mundo. De igual manera Santa Marta posee un terminal multipropósito. Barranquilla sobre la desembocadura del río Magdalena es un puerto multipropósito con terminales especializados y una gran potencialidad para operaciones intermo-

dales. Cartagena ha aprovechado su bahía amplia y profunda y su cercanía con el Canal de Panamá, para desarrollar una de las operaciones de transbordo internacional más importantes del continente siendo, catalogado como el puerto mejor conectado de América (UNCTAD, 2020) Además de la presencia de la refinería más moderna de la región, albergando el clúster petroquímico más importante del país. La zona portuaria del Golfo de Morrosquillo, más al sur por ese litoral Caribe, concentra las terminales del sistema de oleoductos nacional siendo el principal puerto de exportación de estos hidrocarburos complementado con el puerto de Tumaco al sur del otro litoral colombiano, en el Pacífico. Completan el Caribe la zona portuaria de Turbo limitante con Panamá caracterizada por el movimiento de banano y los suministros propios de esa industria y la zona insular con tráficos de cabotaje propios de subsistencia de la población y el turismo. Por último Buenaventura el principal puerto sobre el Pacífico, con diferentes terminales multipropósito de uso público, en los últimos 7 años ha movilizó el 29% de los contenedores (incluyendo transbordos), el 39% de sólidos al granel diferentes a carbón y 27% de la carga general del país.



Fuente: Superintendencia de Transporte Elaboración: Empresa Multimodal S.A.S

El sector se enfrenta a retos inéditos, en un escenario de alta incertidumbre:

Tráficos portuarios desacelerados Desde un record histórico de tráfico portuario en términos de volumen, de 205 millones de toneladas métricas en 2017, los tráfico portuario generales han venido decreciendo (entre 2017-2018 **-0,90%** y 2018-2019 **-2,04%**).

No obstante, este estudio en grueso puede generar análisis distorsionados. La composición de los tráfico en Colombia se ha mantenido en la última década: 72% exportación, 17% importación, 8% tránsito internacionales - transbordos y 3% cabotaje. Las exportaciones principalmente se concentran en carbón y petróleo, cargas servidas por puertos especializados de servicio privado. Las importaciones principalmente son cargas contenedorizadas y sólidos al granel siendo en su mayoría, materias primas para productos alimenticios, principalmente atendidos en terminales de servicio público.

Frente a escenarios futuros, si bien la crisis por COVID-19 puede presentar una afectación de coyuntura, estructuralmente el sistema económico pareciera que tendrá que reformar algunos aspectos, que implican afectaciones a los tráfico portuario. El replanteamiento de una logística más regional que global, puede enfatizar cadenas de suministro más cortas, privilegiando la confiabilidad a la eficiencia económica y aceleración de fenómenos de digitalización y automatización de procesos logísticos. Todas estas tendencias afectarán los tráfico, pero no se sabe con certeza cuanto y co-

mo, así que el adjetivo que describe el futuro es: **Incierto.**

- **Incremento del tamaño de la flota:** La irrefrenable carrera mundial por la eficiencia en los servicios marítimos conllevó al diseño de naves con mayor capacidad de carga, llegando a la increíble capacidad de 24.000 TEUs, que ofrecen mejores costos de transporte a los operadores y en consecuencia a sus usuarios. Sin embargo, esas naves que unen los grandes centros de producción con los consumidores finales, requieren de puertos Hub, o puertos concentradores, que permitan acopiar volúmenes de carga y con ello potencializar tal eficiencia, generando así la necesidad de servicios de transbordos internacionales. En Colombia, los transbordos principalmente se registran en Cartagena y en carga contenedorizada, que ya está recibiendo por el efecto cascada, barcos de hasta 13.000 TEUs, aunque también se empiezan a observar operaciones de transbordo en cargas rodantes, RoRo.
- **Capacidad Instalada.** En materia de capacidad portuaria el *Estudio de demanda, capacidad portuaria en Colombia*, realizado por IDOM a solicitud de Departamento Nacional de Planeación entregado en marzo de 2020, realizado con cifras de 2018 como base y supuestos pre COVID-19, llegó a la conclusión que, en los próximos 10 años:
 - Carbones térmicos no requieren ampliar la capacidad.
 - Carbones metalúrgicos, requieren inversiones en terminales para aumentar la capacidad en 2,6 MM de TM.

- Sólidos al granel diferentes de carbón requieren inversiones después de 2023 en Santa Marta y Buenaventura.
- Líquidos al granel e hidrocarburos. No requieren ampliar capacidad.
- Contenedores. A excepción de Santa Marta, no se requiere inversión

La conclusión general de los estudios y análisis de capacidad pre COVID-19 indican que el sistema portuario en Colombia es robusto, los mercados portuarios han madurado generando autónomamente dinámicas de oferta y demanda, que permiten la asignación eficiente de los precios.

- **Política Pública.** En materia de puertos ha sido exitosa, en la medida que ha mantenido el criterio de priorizar la inversión privada en el nodo portuario y la pública en su conectividad. Si bien, la gobernanza pública de lo portuario, tiene una deuda en lo referente a capacidad técnica, sobre todo en funciones de validación de los proyectos presentados en la fase de la estructuración y posteriormente en las funciones de inspección, vigilancia y control, la libertad de acción y proposición de los inversionistas privados ha generado un constante flujo de proyectos que son desarrollados dependiendo del razonamiento económico y financiero de quienes asumen los riesgos, en un escenario de reglas claras.
- **Perspectiva.** Frente a los nuevos escenarios portuarios caracterizados por un exitoso antecedente de relaciones público privadas desreguladas, proyecciones de carga inciertas y entornos globales difíciles, los principales retos del sector son:
 - Contratos próximos a vencer. Los acuerdos contractuales suscritos en los años 90's serán objeto de renegociación en la siguiente década. Escenarios ya descritos obligan a nuevos acuerdos de Asociación Público Privada que privilegien la garantía de calidad del servicio y que recojan las curvas de aprendizaje de los últimos 30 años.
 - Estímulo a inversionistas privados y definición clara de las inversiones públicas. Clave en el desarrollo del exitoso modelo de Asociación Público Privada portuario, fue la total asignación de los riesgos al sector privado, quién es más eficiente en su gestión. Sin embargo, ante la incertidumbre se deberá revisar cuales son los compromisos de las partes vinculadas por el contrato de concesión, en especial de la parte estatal. Lo anterior, toda vez que las debilidades originadas en la falta de la construcción de capacidad institucional portuaria, no han permitido la eficiente gestión de los recursos recaudados por concepto

de contraprestación portuario, aproximadamente 65 MM de USD al año.

- Consolidación de la gobernanza portuaria. Al pasar de una entidad única que centralizaba la gobernanza portuaria, Superintendencia General de Puertos, a una institucionalidad fragmentada en diferentes entidades con competencias especializadas, el reto está en la sincronización de las mismas. La estructura de instituciones especializadas por función, valga decir, **Planeación-** Departamento Nacional de Planeación - DNP/ Ministerio De Transporte / Unidad de Planeación de Infraestructura de Transporte - UPIT; **Regulación Económica-** Comisión de Regulación de Infraestructura de Transporte - CRIT; **Reglamentación técnica-** Viceministerios de Transporte, **Ejecución** Agencia Nacional de Infraestructura - ANI- Instituto Nacional de Vías - INVIAS y CORMAGDALENA; e **Inspección vigilancia y control,** SuperTransporte, no es, como se dice en muchos escenarios, inherentemente ineficiente y contrario a eso, lo que busca es mejorar las curvas de aprendizaje institucional. No obstante, requiere de una instancia integradora, que debería estar liderada por el Ministerio de Transporte, como autoridad administrativa coordinadora sectorial.

Contratos de Concesión

El Contrato de Concesión, es tal vez la institución más importante del modelo portuario colombiano. Definido como "... un contrato administrativo en virtud del cual la Nación, por intermedio de la Superintendencia General de Puertos [hoy ANI y CORMAGDALENA], permite que una sociedad portuaria ocupe y utilice en forma temporal y exclusiva las playas, terrenos de bajamar y zonas accesorias a aquéllas o éstos, para la construcción y operación de un puerto a cambio de una contraprestación económica a favor de la Nación, y de los municipios o distritos donde operen los puertos." (art. 5 Ley 1 de 1991).

El marco legal y la política pública ha privilegiado la participación de la iniciativa privada, siendo la iniciativa pública solamente un caso de excepción, que en 30 años solo se ha accionado un par de veces, sin éxito. El ente privado interesado en una concesión portuaria deberá presentar un proyecto en términos conceptuales ante la entidad concedente, allegando avisos de prensa con los que cumple el requisito de publicidad y abre la oportunidad de que la ciudadanía participe en el proceso. Dicha entidad, si encontrase que la información es suficiente de conformidad al Decreto 1079 de 2015, citará al solicitante a

una Audiencia Pública para exponer los alcances del proyecto donde autoridades sectoriales y territoriales, así como los terceros que se opongan o tengan observaciones sobre el mismo podrán intervenir. Finalizada la Audiencia, la entidad concedente pedirá conceptos a las autoridades competentes y analizará integralmente la conveniencia y factibilidad legal, financiera y técnicas del mismo. Si lo encontrase favorable, expedirá acto administrativo de fijación de condiciones para el otorgamiento, determinando un plazo para el cumplimiento de las mismas. En el término fijado el solicitante deberá allegar constancias de cumplimiento y de ser así, se le otorgará la concesión por acto administrativo motivado en donde se establezca las cláusulas contractuales y se fije una fecha para la suscripción del acuerdo administrativo.

A continuación, un análisis crítico de sus componentes:

- **Objetivo:** Al definir el contrato sobre la ocupación de bienes de uso público, no se tuvo en cuenta con suficiente prioridad la importancia de los terrenos adyacentes de propiedad privada necesarios para la construcción de facilidades portuarias. Lo cual ha traído como consecuencia que, en razón a que el alcance del contrato está limitado a un Plan de Inversiones sobre Bienes de Uso Público - BUP y el efecto de la reversión se imputa sobre las inversiones ejecutadas sobre estos bienes, se rompe la unidad operativa del terminal en los casos en que para el desarrollo portuario se requiera el involucramiento de bienes de propiedad privada, como ocurre en la mayoría de proyectos de infraestructura.
- **Alcance:** En la actualidad, si bien el objeto del contrato está focalizado en la ocupación de los bienes de uso público, el alcance del contrato está fundamentado en un Plan de Inversiones, que constituye el compromiso nuclear entre concedente y concesionario. Este enfoque genera las siguientes situaciones:
 - **Desfases del plan de inversiones.** El plan de inversiones se establece en el proceso precontractual con base en supuestos comerciales, técnicos, operativos y financieros y, en razón a que, los riesgos asociados están asignados al concesionario, su cumplimiento es exigible estrictamente por parte de la autoridad concedente, generando situaciones como las siguientes:
 - **Plan de inversiones acordado insuficiente:** Las dinámicas del negocio portuario han sorprendido hasta a los más expertos en el tema. Variables endógenas propias del sector marítimo portuario, local, regional y global; y exógenas relacionadas a las dinámicas económicas globales, han originado que los supuestos con los cuales se plan-

tearon los planes de inversión sean altamente desfasados. Por ello, planes de inversión que se plantean y sobre los cuales se consignan compromisos contractuales por las dinámicas del negocio, se quedan retrasados respecto de circunstancias coyunturales o estructurales, en determinado momento.

- **Planes de inversión sobrevalorados:** La interacción de las fuerzas de mercado en un sector, que como el portuario, ha sido reestructurado desde el año 1991 con un criterio de facilitación de las inversiones en libre competencia, ha conllevado a que en ocasiones la oferta de infraestructura supere la demanda, generando brechas cíclicas de sobre oferta y demanda, propias de negocios que como este y el de la construcción, o el propio del transporte marítimo, presentan una inflexibilidad de la oferta para adaptarse a cambios de la demanda.
- **Planes de inversión afectados por obsolescencia tecnológica.** La evolución tecnológica en todas las áreas del conocimiento no termina de sorprender. El sector marítimo portuario no ha sido ajeno a estas realidades que entran en conflicto con supuestos, más en contratos de largo plazo como son los contratos de concesión. En estas figuras de Asociación Público Privada - APP, en los que se planea la compra de la mejor tecnología disponible a la fecha de la firma del contrato, y al cabo de 20 años, el tiempo general que duran estos contratos, dichos equipos ya se encuentran obsoletos.
- **Planes de inversión que versus a las realidades comerciales, no contemplan las inversiones pertinentes.** La dinámica comercial de la actividad portuaria, la especialización portuaria, el traslado de cargas, las modificaciones de las áreas de influencia de los puertos hacia tierra y hacia el mar -hinterland y foreland, respectivamente- generan desfases entre lo planificado en el proceso precontractual y las realidades contractuales, por lo cual en muchas ocasiones deben hacerse renegociaciones o adiciones al contrato para cumplir con las necesidades del mercado.

Otro aspecto, que se presenta al focalizar el alcance del contrato en el Plan de Inversiones, es que en muchas ocasiones el concesionario queda restringido en capacidad de adaptación y pierde agilidad de responder a cambios que exijan otro tipo de inversiones en razón a que se debe dar estricto cumplimiento al "Landlord" (arrendador), concedente, del Plan de Inversiones acordado.

Todos estos fenómenos contractuales comunes, generan necesidades de renegociación de las concesiones que en muchas ocasiones dan origen a comportamientos oportunistas por las partes, que han sido motivo de estudio bajo el concepto de Contratos Incompletos (Chauvet y Sánchez, 2019).

De acuerdo con Arango y Henao, (1997), la incorporación de los contratos incompletos, no significaba el abandono de los principios de competencia sino, más bien, el reconocimiento de algunos hechos que no se tenían en consideración anteriormente, al analizar las relaciones de intercambio. Estos hechos han estado asociados con: fenómenos aleatorios, los cuales conllevan incertidumbre y riesgo; el costo económico de las transacciones; el comportamiento oportunista de los agentes; la reputación de las partes; y la especificidad de los activos esenciales en el intercambio.

De acuerdo con Sánchez y Chauvet (2018) los contratos son incompletos cuando las partes no expresan por adelantado en los términos contractuales todas las eventualidades futuras. Los efectos de los contratos incompletos que podrían resultar dañinos si se relacionan más con sus consecuencias sobre el mercado que sobre los contratos en sí mismos. Tales efectos pueden ser resumidos en: integración vertical y riesgo de exclusión, afectación de la calidad e inversiones subóptimas.

Los riesgos asociados a circunstancias como las anteriormente señaladas y de conformidad a la experiencia empírica de la gestión contractual; así como de constructos académicos, es decir construcción teórica que se desarrolla para resolver un cierto problema, están principalmente asociados al comportamiento oportunista de cualquiera de las partes. Es decir, las partes de un contrato de largo plazo suelen tener la condición de “rehén del contrato”, lo que significa, que están retenidos en una relación contractual que depende del entendimiento de los problemas no previstos que se pueda dar por las partes. Cuando las inversiones ya están hechas y muchos recursos se han invertido, haciendo difícil salir o abortar la relación contractual las partes deben encontrar las formas de resolver los problemas surgidos de los contratos incompletos o “incompletud” de sus contratos.

- **Cola de la concesión.** Se ha denominado la “cola de la concesión”, al fenómeno que se presenta cuando un concesionario ha cumplido sus compromisos de inversión, en los primeros años de la misma; faltando un tiempo para la terminación del contrato; y la infraestructura bajo su administración requiere más inversiones para poder garantizar los niveles de servicio esperados. El focalizar el alcance contractual en el Plan de Inversiones y que este sea subvalorado, o que las inversiones presenten obsolescencia, o que no sean pertinentes a la realidad comercial, genera estos casos.

El caso general que se presenta en los últimos años de la concesión consiste en que el concesionario ya ha realizado las inversiones obligatorias contractuales, cumpliendo a cabalidad el contrato y la demanda, que mantiene su dinamismo, exige, para la prestación óptima de los servicios portuarios, inversiones adicionales a las ya ejecutadas. La no ejecución de dichas inversiones puede generar que la calidad de los servicios prestados se puede afectar. Lo anterior,

en razón a que el contratista concesionario ya ha cumplido sus obligaciones contractuales de inversiones a las que se comprometió, de conformidad a unos presupuestos del periodo precontractual de la concesión. El Estado, bien sea la autoridad concedente o bien sea la Superintendencia en ejecución de sus competencias de vigilancia y control, apremia al concesionario operador, pero este alega que ha cumplido a cabalidad sus obligaciones y estará dispuesto, si el mercado es atractivo, a invertir más, cubriendo las inversiones adicionales, si se le extiende el plazo de explotación comercial con el objeto recuperar su capital. Lo anterior, conllevaría a recurrentes ampliaciones de plazo, generando la perpetuidad de los operadores. La solución de ampliación de plazo versus mayores inversiones se limitó por la sentencia de inexequibilidad de algunas expresiones del artículo 8 de la Ley 1 de 1991 por parte de la Corte Constitucional en 2009¹.

- **Valor.** El valor del contrato está dado por el Valor Presente Neto- VPN de la Contraprestación Portuaria. La norma vigente para ese cálculo es el Plan de Expansión Portuario- Documento CONPES 3744 de 2013 En este importante tema, es prioritario y presentan los siguientes componentes:

- **Determinación del WACC:** El WACC o Costo Promedio Ponderado de Capital, se utiliza como tasa de descuento de los flujos de caja futuros proyectados del modelo financiero presentado por el inversionista privado y revisado por la autoridad concedente. La determinación de este importante factor, debe tener en cuenta los riesgos propios de este tipo de inversiones y sirve para determinar el Plazo de la Concesión de conformidad al Plan de Expansión Portuario vigente.
- **Revisión de los Cargos Variables - Cij:** El Plan de Expansión Portuario vigente, que entró en vigencia en mayo de 2013, establecía que cada 5 años, es decir en el 2018 y 2023, al menos, se debía revisar los cargos Cij que son la base del cálculo del componente variable.
- **Revisión del Componente Fijo.** La metodología vigente para el cálculo o estimación del valor de la contraprestación portuaria, que se constituye en herramienta de regulación económica de la actividad, tiene una parte muy importante, la cual es el Componente Fijo, éste a su vez se conforma por el Valor de Referencia por Metro Cuadrado, que debe ser actualizado con el IPC y una segunda parte que es el valor de la infraestructura. Algunos ajustes hechos a posteriori del planteamiento inicial de dicho componente fijo y sus factores determinantes, deben ser revisados de conformidad a las realidades actuales.

¹ Sentencia C-068 del 10 de febrero de 2009

- o Plazo. Si bien la ley 1 de 1991, expresa que las concesiones son por norma general a 20 años, el nuevo Plan Nacional de Desarrollo (Ley 1955 de 2019, artículo 101), plantea que tratándose de concesiones portuarias “Greenfield” es decir un nuevo emplazamiento portuario construido en aguas profundas, 17 metros en marea cero, el plazo inicial de la concesión podrá ser hasta de 40 años. Dicho plazo se estimará, según la metodología vigente de cálculo o determinación de la contraprestación CONPES 3744 de 2013, con base en periodo de recuperación del capital, no sin antes cerrar la explicación de este componente, lo íntimamente que está ligado, a las renovaciones y renegociaciones dadas.
- o Riesgos: El Documento CONPES 3107 de abril 3 de 2001 sobre “Política de Manejo de Riesgo Contractual del Estado para procesos de participación privada en infraestructura”, y el Decreto 423 del año 2001, procuran una herramienta metodológica que permita fortalecer los procesos de vinculación, de capital privado en infraestructura, identificando los riesgos y planteando como principio rector en esta materia que: “...corresponde a las entidades estatales asumir los riesgos propios de su carácter público y del objeto social para el que fueron creadas o autorizadas, y a los contratistas, aquellos riesgos determinados por el

objeto que persiguen en el cumplimiento de su actividad” (Art. 16 Decreto 423/ 2001).

El CONPES 3107 hace referencia principalmente a procesos de participación privada en el sector energético, pero deja constancia de que, en otros sectores, como en los puertos, se dieron desarrollos con participación del sector privado “transfiriendo la totalidad de los riesgos al privado”

El mismo documento de política de riegos contractuales, CONPES 3107, establece que los riesgos de un proyecto se refieren a los diferentes factores que pueden hacer que no se cumplan los resultados previstos, los respectivos flujos esperados y que estos, se deben asignar a la parte que mejor control puede tener de ellos.

En el presente documento se ha presentado un análisis somero de los componentes generales de los contratos de concesión portuaria en Colombia, con base en la experiencia de Empresa Multimodal S.A.S. Debe tenerse en cuenta, que, dado que estos son contratos de largo plazo, firmados entre público y privado que tienen diferentes intereses a lo largo del tiempo y dadas las particularidades propias de los mismos y el mercado, entran dentro de las clasificaciones de los contratos incompletos altamente estudiada en los últimos años, como se resaltó en el texto.

Documento preparado por Empresa Multimodal S.A.S. Consultora latinoamericana que, desde 2003, presta servicios de asesoría, desarrollo de estudios y apoyo de la gestión en aspectos técnicos, legales y financieros relacionados con puertos, infraestructura de transporte, cadena de suministros (SCM) y proyectos turísticos. Empresa Multimodal S.A.S. está conformada por un equipo multidisciplinario de consultores de alta calidad académica y años de experiencia laboral, tanto en la empresa privada como en el sector público, colaborando en equipo en trabajos en el planeamiento y la gestión de proyectos, así como en la formulación de políticas públicas en materia de transporte marítimo, puertos y logística en general, en El Salvador, Paraguay, Panamá, Perú, Bolivia y Colombia. De igual forma, nos hemos especializado en la estructuración de planes maestros de inversión y estructuraciones financieras de proyectos. Adicionalmente, los años de experiencia, de cada uno de los consultores, y de la Empresa como equipo, nos han permitido ir construyendo una red de contactos, nacional e internacional, en diferentes sectores de la actividad económica, privada y pública, que facilita el desarrollo de proyectos. Entre esa red de contactos contamos con la valiosa vinculación con TALASONÓMICA, consultora especializada con base en Panamá.

Carrera 8 No 69 – 27 – Chapinero- Sector Quinta Camacho- Bogotá – Colombia

Carlos José González España

empresamultimodalsas@gmail.com

carlosjose.g.e@gmail.com