



Entidad originadora:	Departamento Nacional de Planeación
Fecha (dd/mm/aa):	21/12/2021
Proyecto de Decreto/Resolución:	Por el cual se adiciona un párrafo a los artículos 2.2.2.1.2.2 y 2.2.2.1.4.4. del Decreto 1082 de 2015, Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional.

1. ANTECEDENTES Y RAZONES DE OPORTUNIDAD Y CONVENIENCIA QUE JUSTIFICAN SU EXPEDICIÓN.

1.1. Antecedentes.

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, así como servicios conexos a estos, a cambio de una remuneración que se fija de acuerdo con la disponibilidad y el nivel de servicios de la respectiva infraestructura y/o servicio. Lo anterior 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.

Bajo el esquema 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 estos 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 incluidos 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 incentivan la búsqueda de recursos a través del mercado de capitales por parte de los inversionistas privados.

El logro de los objetivos del esquema de Asociación Público Privada requiere esfuerzos y ajustes al entorno normativo que se acoplen a las nuevas dinámicas del sector público y privado.

En efecto, el marco normativo requiere el establecimiento de principios y requisitos eficientes que consulten el interés público como aspecto crítico en el camino de desarrollar proyectos de Asociación Público Privada de Iniciativa Pública que generen beneficios a la sociedad a costos razonables.

En ese contexto, cabe resaltar que las entidades contratantes en los procesos de estructuración de proyectos de infraestructura con participación privada, usualmente pactan como retribución del contratista, una forma de remuneración asociada al éxito del consultor en la “colocación” del proyecto estructurado en el mercado (comisión de éxito), es decir, lograr que el proceso de licitación resultado de la estructuración del proyecto se materialice en un contrato perfeccionado y se obtenga el cierre financiero del mismo. Este mecanismo de remuneración constituye en factor que incide positivamente en la implementación de este tipo de proyectos, razón por la cual son usualmente utilizadas en los procesos de estructuración y contratación de proyectos de infraestructura con participación privada.

La utilización de formas de remuneración asociadas al cierre de transacciones es una práctica común en diferentes sectores, incluyendo el de infraestructura, y tiene como principal objetivo alinear los incentivos que tiene el asesor de la transacción, compartiendo el riesgo de no colocar el proyecto exitosamente en el



mercado, lo cual lo incentiva a generar una estructura sólida que logre el éxito del proyecto.

Así las cosas, sin perjuicio de la autonomía de la voluntad privada de que gozan las partes en los contratos para la estructuración y ejecución de proyectos de asociación público privada, y con el propósito de fortalecer la dinámica de participación privada en el desarrollo de infraestructura, se considera conveniente desarrollar disposiciones tendientes a precisar la forma en la cual se utiliza este mecanismo de remuneración asociado al cierre de transacciones, en las condiciones que mejor se adecuen a la satisfacción de las necesidades públicas y al cumplimiento de los postulados de la función administrativa, con sujeción a la Constitución y la Ley.

1.2. Origen de las comisiones éxito

El Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (Ley 80 de 1993) hace explícita la influencia que el derecho privado tiene sobre la contratación administrativa. En este sentido, el artículo 13 de la Ley 80 de 1993, dispone que *“Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2 del presente estatuto, se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley (...)”*.

Así las cosas, la ley autoriza de manera clara la aplicación subsidiaria de las normas de derecho privado, en todo aquello que no esté regulado por dicho Estatuto. Consistente con lo anterior, el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, califica como contratos estatales *“(...) todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad (...)”*.

Ahora bien, en cuanto a los elementos que caracterizan los contratos bilaterales y onerosos, tanto en el derecho privado como en la contratación administrativa, es importante resaltar el pago, entendido como la contraprestación a cargo del deudor y a favor del acreedor. El pago en la contratación estatal se encuentra regulado en el artículo 40 de la Ley 80 de 1993¹, conforme al cual se faculta a las entidades estatales a celebrar todos los contratos permitidos en la ley, requeridos para el cumplimiento de los fines estatales y de acuerdo con la autonomía de la voluntad.

Así las cosas, desde la perspectiva contractual, las partes cuentan con la autonomía de pactar la forma de pago que mejor se adecue a sus necesidades, por supuesto, sin que ello implique el desconocimiento de disposiciones legales o reglamentarias sobre la materia.

En desarrollo del principio de la autonomía de la voluntad privada, la remuneración en un contrato puede ser determinada o determinable, o ambas simultáneamente, como cuando se pacta en un mismo contrato un pago fijo más una comisión de éxito.

¹ ARTÍCULO 40. DEL CONTENIDO DEL CONTRATO ESTATAL. Las estipulaciones de los contratos serán las que de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta ley, correspondan a su esencia y naturaleza.

Las entidades podrán celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales.

En los contratos que celebren las entidades estatales podrán incluirse las modalidades, condiciones y, en general, las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de esta ley y a los de la buena administración...”.



Múltiples son los escenarios en los cuales se presentan modos de remuneración ajustados a las particularidades de los contratos. Basta tener presente que en el contrato de obra pública existen diferentes modalidades de pago, como el precio global, los precios unitarios, la administración delegada y el reembolso de gastos, cuyo origen se encuentra en el Decreto Ley 222 de 1983 y pese a que estas formas de remuneración no estén expresamente incorporadas en la Ley 80 de 1993, ello no significa que no puedan ser utilizadas en la actualidad como modalidades de pago², circunstancia similar a lo que ocurre con las comisiones de éxito pactadas en contratos para desarrollar proyectos de Asociación Público Privada.

1.3. Las comisiones de éxito como instrumento que permite la alineación de intereses entre los estructuradores privados y las entidades públicas.

El apoyo de los asesores de transacciones con contratos de precio fijo a menudo disminuye durante el período entre el cierre comercial y el cierre financiero de los proyectos de infraestructura con participación privada, particularmente porque este tipo de proyectos están sometidos a diversas instancias de aprobación y revisión. En consecuencia, el interés de muchos asesores de transacciones para brindar apoyo continuo más allá del cierre comercial sobre la base de contratos de precio fijo es cada vez más limitado. Esto puede dejar a las entidades públicas sin el apoyo necesario más allá del cierre comercial, lo que a su vez puede obstaculizar la posibilidad de concluir con éxito contratos de Asociación Público Privada.

Una alternativa para solucionar la anterior problemática es incluir un componente de tarifa de éxito en el contrato de asesoría de la transacción, pagadero al cierre financiero. Esto alinea los intereses del asesor con el interés público que persiguen las entidades públicas estructuradoras y contratantes de proyectos de infraestructura, y fomenta el apoyo continuo para obtener el cierre financiero de los mismos.

Al igual que en las Asociaciones Público Privadas bien estructuradas, en las que los riesgos se asignan a la parte que mejor puede gestionarlos, los contratos de servicios de asesoramiento sobre transacciones también deben estructurarse para alinear las condiciones de pago de dichos asesores incentivándolos a apoyar a las entidades públicas hasta el cierre financiero de los proyectos.

1.4. Reglas objetivas en la formulación y estipulación de primas de éxito

Tal y como lo ha mencionado el Consejo de Estado³, el tratamiento de la comisión de éxito exige la estructuración jurídica de un concepto operativo del contrato estatal, reconociéndole su carácter de mecanismo fundamental para la realización efectiva de los cometidos a cargo del Estado, que no sólo conlleva complicaciones formales y normativas, sino que también, dado el origen privado de la institución, significa admitir su naturaleza compleja, como instrumento para el cumplimiento de los fines estatales y la satisfacción del interés general, y a su vez, como fuente de obligaciones emanadas del derecho privado.

La articulación de reglas y principios derivados del derecho privado con principios y reglas inspiradas en la preservación del interés público exige establecer condiciones que permitan preservar un adecuado equilibrio entre el interés de los estructuradores de los proyectos de infraestructura y aquel propio de las entidades públicas encargadas de su estructuración y ejecución.

El régimen de contratación pública difiere de la conmutatividad propia de las relaciones jurídicas entre particulares, en cuanto deviene de consideraciones objetivas y no de razonamientos subjetivos derivados del principio de autonomía de la voluntad. En tal sentido, surge la necesidad de contar con verificaciones

² Consejo de Estado-Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia Radicado N°. 18.080 de 2011

³ Sentencia 76001-23-31-000-2003-01754-01 (35268) del Consejo de Estado – Sala Contenciosa Administrativa – Sección Tercera de 6 de mayo de 2015.



objetivas del mercado o de condiciones económicas efectuadas en desarrollo del principio de planeación, que tienden a salvaguardar el interés y el patrimonio público, bajo el criterio de equilibrio entre los valores de los objetos, bienes o servicios y la retribución correspondiente, para llegar a la noción de un punto intangible de precio justo para las partes.

En suma, la estipulación de la comisión de éxito por virtud del principio de conmutatividad exige que se pacte por el Estado y los contratistas con base en referentes objetivos que se aproximen a un real equilibrio económico, sin que su definición pueda dejarse a la pura liberalidad de las partes.

El establecimiento de una comisión de éxito como mecanismo de retribución en un contrato estatal debe estar precedido de estudios o de la aplicación de metodologías de cálculo que definan límites razonables para determinar la cuantía de la misma con el objeto de responder al principio de conmutatividad. Asimismo, el reconocimiento o pago de la comisión de éxito siempre debe estar sujeto al cumplimiento efectivo de la condición de la cual pende, es decir, tratándose de proyectos de Asociación Público Privada, a que el proceso de licitación resultado de la estructuración del proyecto sea exitoso, entendiéndose por tal que aquel sea contratado y que se obtenga el cierre financiero del mismo. A contrario sensu, en ningún caso podrá percibirse comisión de éxito por la simple ejecución del contrato de estructuración del proyecto o por la mera ejecución de actividades que no contemplen un resultado cierto en el proceso de perfeccionamiento del contrato o cierre financiero del proyecto⁴.

En ese orden de ideas, resulta necesario precisar las condiciones bajo las cuales las entidades estructuradoras del sector público pueden incluir en los respectivos contratos de estructuración, el derecho a obtener una comisión de éxito por parte del respectivo consultor, al haberse logrado que el proceso de licitación resultado de dicha estructuración sea exitoso, esto es, que el proyecto de Asociación Público Privado sea contratado y se obtenga el cierre financiero del mismo.

Es importante, igualmente, aclarar que en el evento en que la estructuración del proyecto de asociación público privada se hubiere adelantado por una entidad pública diferente a la entidad contratante del proyecto, ésta deberá incorporar dentro de la minuta del contrato para la ejecución del proyecto la obligación a cargo del inversionista privado de reconocer y pagar la comisión de éxito por el perfeccionamiento del contrato y el cierre financiero del proyecto que se hubiere pactado entre la entidad estructuradora del proyecto y los respectivos consultores. Lo anterior, siempre y cuando dicha estipulación se hubiere acordado entre la entidad estructuradora y la entidad contratante del proyecto, y se cumplan los demás requisitos que plantea el proyecto de decreto sobre el particular.

2. AMBITO DE APLICACIÓN Y SUJETOS A QUIENES VA DIRIGIDO

El presente proyecto de Decreto es aplicable a todos aquellos contratos en los cuales las entidades estatales encarguen a un inversionista privado el diseño y construcción de una infraestructura y sus servicios asociados, o su construcción, reparación, mejoramiento o equipamiento, actividades todas estas que deberán involucrar la operación y mantenimiento de dicha infraestructura.

⁴ Concordante con lo definido en el artículo 1530 del Código Civil, cuando se trata de una obligación sujeta a condición se hace referencia a aquella que depende para su concreción de un acontecimiento futuro e incierto, que puede producirse, suceder o acaecer o no. Por lo tanto, cuando la obligación se forma en el marco de un acuerdo o convención y se subordina a un acontecimiento de la naturaleza enunciada, permanecerá en suspenso hasta que el mismo se realice, o se resolverá según se materialice o no el acontecimiento



3. VIABILIDAD JURÍDICA

3.1 Análisis de las normas que otorgan la competencia para la expedición del proyecto normativo

El Decreto se expide en ejercicio de las facultades constitucionales y legales propias del Presidente de la República como jefe de Estado, jefe del Gobierno y suprema autoridad administrativa, en especial las conferidas por el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política, en concordancia con lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo 3 de la Ley 1508 de 2012 que establece que el Gobierno nacional podrá reglamentar las condiciones para el cumplimiento de la disponibilidad, los niveles de servicio, estándares de calidad, garantía de continuidad del servicio y demás elementos que se consideren necesarios para el desarrollo de los esquemas de Asociación Público Privada a que se refiere la citada Ley.

3.2 Vigencia de la ley o norma reglamentada o desarrollada

La Ley 1508 de 2012, se encuentra en vigencia desde el 10 de enero del año 2012.

3.3. Disposiciones derogadas, subrogadas, modificadas, adicionadas o sustituidas

El presente proyecto de decreto adiciona un párrafo a los artículos 2.2.2.1.2.2. y 2.2.2.1.4.4. del Capítulo 1 del Título 2 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1082 de 2015, Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional.

3.4 Revisión y análisis de la jurisprudencia que tenga impacto o sea relevante para la expedición del proyecto normativo (órganos de cierre de cada jurisdicción)

No se presentan fallos o pronunciamientos de órganos jurisdiccionales que afecten el contenido o las disposiciones que conforman el Decreto.

3.5 Circunstancias jurídicas adicionales.

No aplica.

4. IMPACTO ECONÓMICO (Si se requiere)

El proyecto de Decreto no genera costo alguno en su implementación.

5. VIABILIDAD O DISPONIBILIDAD PRESUPUESTAL (Si se requiere)

El proyecto de Decreto no requiere disponibilidad presupuestal previa, dado que su adopción no generará costos fiscales, ni su expedición genera la asunción de compromisos de índole presupuestal.

6. IMPACTO MEDIOAMBIENTAL O SOBRE EL PATRIMONIO CULTURAL DE LA NACIÓN (Si se requiere)

Dada la naturaleza de la reglamentación que se pretende establecer con el proyecto de Decreto, se descarta



la existencia de posibles impactos medioambientales o sobre el patrimonio cultural de la Nación.

7. ESTUDIOS TÉCNICOS QUE SUSTENTEN EL PROYECTO NORMATIVO (Si cuenta con ellos)

No aplica.

ANEXOS:

Certificación de cumplimiento de requisitos de consulta, publicidad y de incorporación en la agenda regulatoria <i>(Firmada por el servidor público competente –entidad originadora)</i>	X
Concepto(s) de Ministerio de Comercio, Industria y Turismo <i>(Cuando se trate de un proyecto de reglamento técnico o de procedimientos de evaluación de conformidad)</i>	<i>(Marque con una x)</i>
Informe de observaciones y respuestas <i>(Análisis del informe con la evaluación de las observaciones de los ciudadanos y grupos de interés sobre el proyecto normativo)</i>	X
Concepto de Abogacía de la Competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio <i>(Cuando los proyectos normativos tengan incidencia en la libre competencia de los mercados)</i>	<i>(Marque con una x)</i>
Concepto de aprobación nuevos trámites del Departamento Administrativo de la Función Pública <i>(Cuando el proyecto normativo adopte o modifique un trámite)</i>	<i>(Marque con una x)</i>
Otro <i>(Cualquier otro aspecto que la entidad originadora de la norma considere relevante o de importancia)</i>	<i>(Marque con una x)</i>

Aprobó:

[Versión preliminar para publicación]

DANIEL GÓMEZ GAVIRIA

Subdirector General Sectorial

Departamento Nacional de Planeación

[Versión preliminar para publicación]

GILBERTO ESTUPIÑÁN PARRA

Jefe Oficina Asesora Jurídica

Departamento Nacional de Planeación