



CONFECAMARAS

CONCEPTOS, DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA

CONFEDERACION COLOMBIANA DE CAMARAS DE COMERCIO

BOGOTA, D.C. • COLOMBIA

No. **1033**

CONTRATOS CON RECURSOS BID - LEY 80 DE 1993.

Los contratos financiados con fondos de los organismos multilaterales de crédito o celebrados con personas extranjeras de derecho público u organismos de cooperación, asistencia o ayuda internacionales, podrán someterse a los reglamentos de tales entidades en todo lo relacionado con procedimientos de formación y adjudicación y cláusulas especiales de ejecución, cumplimiento, pago y ajustes.

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
Concepto Jurídico No 73314 Diciembre 29 de 2005

CONTRATOS CON RECURSOS BID - Ley 80 de 1993.

ANTECEDENTES.

Solicitan un concepto sobre:

"Determinar si es viable o no, que un contrato cuyos recursos proceden de un crédito del Banco Interamericano de Desarrollo y que fueron incorporados al presupuesto oficial de la Entidad, puede regirse por la Ley 80 de 1993 y sus decretos reglamentarios, teniendo en cuenta que en el contenido de las cláusulas del mismo se han incorporado normas de la Ley 80 como las contenidas en los artículos 15, 16 y 17, ésto es, terminación, interpretación y modificación unilateral y las relacionadas con la garantía única de que trata el numeral 19 del artículo 25 de la Ley 80.

En caso de incumplimiento por parte del contratista, precisar si es posible declara dicho incumplimiento con base en la Ley 80 de 1993, o si se rige por el derecho privado".

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

Fundamentos Constitucionales. La Contraloría General de la República no puede intervenir en asuntos de carácter administrativo de los sujetos que fiscaliza, y mucho menos de los contratos que se encuentran en ejecución, y que pueden ser objeto de vigilancia y control fiscal dentro del proceso auditor, pues de hacerlo, se estaría arrogando una función que le está proscrita como lo es el control previo y de paso, comprometería su independencia e imparcialidad en el ejercicio del control fiscal. Precisamente así lo ha entendido la Corte Constitucional en los siguientes términos:

"...la tarea de entes como las contralorías no es la de actuar dentro de los procesos internos de la Administración cual si fuera parte de ella, sino precisamente la de ejercer el control y la vigilancia sobre la actividad estatal, a partir de su propia independencia, que supone también la del ente vigilado, sin que les sea permitido participar en las labores que cumplen los órganos y funcionarios competentes para conducir los procesos que después habrán de ser examinados desde la perspectiva del control. De lo contrario, él no podría ejercerse objetivamente, pues en la medida en que los entes controladores resultaran involucrados en el proceso administrativo específico, objeto de su escrutinio, y en la toma de decisiones, perderían toda legitimidad para cumplir fiel e imparcialmente su función". (Sentencia C-113 de 1999, Magistrado Ponente JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO).

Sin embargo, habida cuenta de la colaboración armónica que debe imperar entre las diferentes entidades y órganos del Estado (artículos 113 y 209 de la Constitución Política), haremos la cita y análisis de las normas que consideramos responden a sus inquietudes.



CONFECAMARAS
CONFEDERACION COLOMBIANA DE CAMARAS DE COMERCIO

Fundamentos Legales.

Ley 80 de 1993.

El cuarto inciso del artículo 13 de la ley 80 dispone:

"Los contratos financiados con fondos de los organismos multilaterales de crédito o celebrados con personas extranjeras de derecho público u organismos de cooperación, asistencia o ayuda internacionales, podrán someterse a los reglamentos de tales entidades en todo lo relacionado con procedimientos de formación y adjudicación y cláusulas especiales de ejecución, cumplimiento, pago y ajustes".

"Como bien se puede inferir, desde el punto de vista de los recursos vinculados a la contratación estatal, este inciso se refiere con exclusividad a los ingresos percibidos por el Tesoro Público de parte de entes u organismos internacionales. Por lo mismo, este inciso es enteramente inaplicable en relación con aquellos contratos relativos a recursos del presupuesto general de la Nación o de los presupuestos territoriales, cuando tales recursos no correspondan a donaciones o empréstitos. Así por ejemplo, este inciso resulta inaplicable en relación con los contratos de administración de recursos estatales que las autoridades competentes no hayan aforado legalmente a título de donación o empréstito. Por lo tanto, al decir la norma que los respectivos contratos, "(...) podrán someterse a los reglamentos de tales entidades en todo lo relacionado con procedimientos de formación y ejecución y cláusulas especiales de ejecución, cumplimiento, pago y ajustes". Tal discrecionalidad sólo puede asumirse, y por ende, ejercerse válidamente, dentro de los precisos linderos de los contratos relativos a recursos percibidos de entes u organismos internacionales, lo cual usualmente ocurre a título de empréstito o de donación.

Por ello mismo, toda interpretación en contrario del inciso en comento, únicamente podría propiciar una ejecución presupuestal extraña a la realización de los fines del Estado.

(...) el inciso cuarto del artículo impugnado entraña un precepto especial de contratación, que por virtud de la misma Ley 80 de 1993 permite la inaplicación del Estatuto de Contratación Pública en la hipótesis de los contratos relativos a fondos percibidos de los organismos multilaterales de crédito o celebrados con personas extranjeras de derecho público u organismo de cooperación, asistencia o ayuda internacionales. Lo cual encuentra justificación en el hecho de que Colombia hace parte de esos organismos internacionales, como por ejemplo el FMI o el BID, y al hacer parte de ellos puede aceptar sus estatutos y régimen de contratación en cumplimiento de convenios, tratados y resoluciones de entidades supranacionales en los que el país ha participado activamente, como la ONU y la OEA, con sus filiales.

(...) En el caso de las donaciones la norma impugnada se ajusta al artículo 62 superior, cuando dispone que el destino de las donaciones para fines de interés social no puede ser variado a menos que el objeto de las mismas desaparezca. Por tanto no es razonable desconocer la voluntad de los donantes, la cual se puede plasmar en la decisión de que la entidad receptora acoja sus reglamentos, mediante los cuales pueda intervenir en la formación, adjudicación y ejecución de los contratos financiados con sus recursos".

(Sentencia C-249/04, Magistrado Ponente: Dr. JAIME ARAÚJO RENTERÍA).

Decreto No. 2166 de Julio 7 de 2004. Por medio del cual se modifica el Decreto 1896 de 2004 y se reglamenta parcialmente el artículo 13 de la Ley 80 de 1993.

"Artículo 1°. El artículo 1° del Decreto 1896 de 2004 quedará así:



CONCEPTOS, DOCTRINA
Y JURISPRUDENCIA



CONFECAMARAS
CONFEDERACION COLOMBIANA DE CAMARAS DE COMERCIO

Los contratos o convenios financiados con recursos provenientes de empréstito y donación celebrados con organismos multilaterales de crédito, personas extranjeras de derecho público u organismos de cooperación, asistencia o ayuda internacionales, podrán someterse a los reglamentos de tales entidades en todo lo relacionado con procedimientos de formación, adjudicación y cláusulas especiales de ejecución, cumplimiento, pago y ajustes.

El mismo tratamiento se dará a los recursos de contrapartida vinculados a estas operaciones.

Artículo 2°. Los contratos o convenios celebrados con organismos de cooperación, asistencia o ayuda internacionales soportados en instrumentos de cooperación internacional de los cuales haga parte la Nación, para el cumplimiento de objetivos de cooperación y asistencia técnica, podrán someterse a los reglamentos de tales organismos en todo lo relacionado con procedimientos de formación, adjudicación y cláusulas especiales de ejecución, cumplimiento, pago y ajustes.

Lo anterior sin perjuicio de los contratos con personas extranjeras de derecho público que se celebrarán y ejecutarán según se acuerde entre las partes.

Parágrafo. No se entenderán como contratos o convenios de cooperación y asistencia técnica internacional aquellos cuyo objeto sea la administración de recursos".

Directiva 0010 de mayo 21 de 2004. Expedida por el Procurador General de la Nación.

La anterior Directiva fija criterios de aplicación de la sentencia C-249 de 2004, de la siguiente manera:

"Primero: Todos los convenios y contratos celebrados a partir del 17 de marzo del año en curso por las entidades públicas en aplicación del inciso final del artículo 13 de la Ley 80 de 1993, que contravengan la interpretación señalada en la sentencia C-249 de 2004, deben terminarse unilateralmente de conformidad con los artículos 44, numeral 2 y 45 de la Ley 80 de 1993, teniendo

en cuenta los efectos jurídicos derivados de dicho pronunciamiento.

Segundo: Como consecuencia de la sentencia en mención, ha de entenderse que el artículo 15 del Decreto 2170 de 2002, no podrá seguir aplicándose por resultar contrario a la interpretación que del artículo 13 efectuó la Corte Constitucional.

Tercero: Las entidades estatales rendirán un informe detallado a la Procuraduría General de los convenios y contratos suscritos con posterioridad al 17 de marzo, que tengan como sustento jurídico el inciso final del artículo 13 de la Ley 80 de 1993, y en los que los recursos públicos estén comprometidos.

Cuarto: Modificado por el art. 1, Directiva de la Proc. Gral. de la Nacin 015 de 2004. Los convenios y contratos celebrados con anterioridad al 17 de marzo de 2004, así como los contratos celebrados en desarrollo de los mismos, se seguirán ejecutando hasta su terminación, sin que sea posible su renovación o prórroga.

Quinto: Todo convenio o contrato con entidades y organismos internacionales a ejecutarse en el territorio colombiano en donde existan aportes de dineros públicos, sin importar el porcentaje del mismo, ha de sujetarse a los principios y normas de la Ley 80 de 1993. (Resaltado fuera del texto).

En consecuencia, las entidades públicas no podrán en este evento, someterse a los reglamentos de contratación de tales entidades, en todo lo relacionado con los procedimientos de formación, adjudicación y cláusulas especiales de ejecución, pago y ajustes.



CONCEPTOS, DOCTRINA
Y JURISPRUDENCIA



CONFECAMARAS
CONFEDERACION COLOMBIANA DE CAMARAS DE COMERCIO

Sexto. El incumplimiento de esta directriz como de la sentencia de la Corte Constitucional se sancionará como falta gravísima".

Directiva 015 de agosto 17 de 2004. Expedida por el Procurador General de la Nación.

Esta Directiva modifica el artículo 4 de la Directiva número 10 del 21 de mayo de 2004.

"Los contratos o convenios cuyo objeto sea la administración de recursos celebrados con organismos de cooperación, asistencia o ayuda internacionales con anterioridad al 17 de marzo de 2004, así como los contratos que en desarrollo de estos se suscriban, continuarán rigiéndose hasta su terminación, por los reglamentos de tales entidades, en todo lo relacionado con procedimientos de formación y adjudicación y cláusulas especiales de ejecución, cumplimiento, pago y ajustes.

Los contratos o convenios para la administración de recursos celebrados con organismos de cooperación, asistencia o ayuda internacionales con anterioridad al 17 de marzo de 2004, continuarán ejecutándose en los términos inicialmente pactados hasta el cumplimiento de su objeto y no podrán ser adicionados en recursos".

Cláusulas excepcionales.

"(...) En el numeral segundo del artículo 14 de la Ley 80 , se enuncia en que contratos son obligatorias, en donde son facultativas, y son prohibidas en aquellos contratos que se celebran con personas públicas internacionales, o de cooperación, ayuda o asistencia, en los interadministrativos, empréstitos, donación, arrendamiento (...). (Resaltado fuera del texto). El principio de legalidad que se conserva en el Estado Social de Derecho, como una garantía de los particulares y una imitación al ejercicio del poder político por parte de los gobernantes, tiene aplicación en materia contractual en el sentido en que las entidades estatales no podrán colocarse en mejores condiciones que el particular contratista a través de la excepcionalidad, si el legislador expresamente no las ha autorizado. Las entidades estatales, al no existir norma que las autorice, deberán prescindir de la utilización de las cláusulas excepcionales en virtud del principio constitucional de la legalidad, ya que cuando las entidades públicas pactan estas cláusulas, rompen el principio de igualdad contractual del derecho común. Es absolutamente claro que para que se le permita actuar como partes contractuales con prerrogativas excepcionales, el legislador debe expresamente facultarlas y si no lo hace, las entidades públicas en esta materia estarán regidas plenamente por los principios y reglas del derecho común donde no existen cláusulas exorbitantes. Si las entidades públicas no cumplen el principio de legalidad e incorporan las cláusulas excepcionales sin autorización legal expresa, así lo haya aceptado expresamente el contratista, se entenderán no escritas y podrá solicitarse la nulidad de los actos mediante los cuales se haya ejercido la exorbitancia, precisamente por la inexistencia de la (s) cláusula (s) base para su expedición.

(...) las facultades excepcionales que se encuentran consagradas en el artículo 61 de la Ley 80 de 1993, liquidación unilateral, podrán ser ejercidas por las entidades estatales, en todos sus contratos"1.

CONCLUSIÓN.

El Legislador elevó la voluntad contractual a la categoría de ley para los contratantes, de ahí la razón de ser del artículo 1602 del Código Civil al señalar:

"Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por mutuo consentimiento o por causas legales".



CONCEPTOS, DOCTRINA
Y JURISPRUDENCIA



CONFECAMARAS
CONFEDERACION COLOMBIANA DE CAMARAS DE COMERCIO

Los contratos suscritos por el SENA que son financiados con recursos provenientes de un empréstito con el Banco Interamericano de Desarrollo "BID", se rigen por lo establecido en el artículo 1o del Decreto 2166 de 2004, y son una forma especial de contratación, que por virtud de la misma Ley 80 de 1993 en su inciso 4o del artículo 13 y según lo analizado en la sentencia C-249 de 2004, permite la inaplicación del Estatuto de Contratación Pública. Ello significa que los organismos multilaterales y los de cooperación pueden acudir a la aplicación de su régimen contractual en los términos previstos.

En el evento en que dichas cláusulas se encuentren establecidas en un contrato donde están prohibidas o donde el Legislador no las ha autorizado se tendrán por no escritas. Excepto las facultades excepcionales que se encuentran consagradas en la Ley 80 de 1993, como las previstas en los artículos 14 y 61, podrán ser ejercidas por las entidades estatales, en todos sus contratos.

Se hace procedente señalar que, en virtud de ser la Oficina Jurídica una dependencia asesora, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 43 del 1 PINO RICCI, Jorge. Régimen de Contratación Estatal. Pág 225 -227.

Decreto Ley 267 de 2000, los conceptos tienen el carácter que les atribuye el artículo 25 del Código Contencioso Administrativo es decir, carecen de fuerza vinculante.

Cordialmente,

(Original Firmado)

IVÁN DARÍO GÓMEZ LEE
Director Oficina Jurídica

Bogotá, D.C., 31 de mayo de 2006



CONCEPTOS, DOCTRINA
Y JURISPRUDENCIA