



MEMORANDO INTERNO

Bogotá D.C., 28 de Abril de 2006

140

PARA: ANA LYDA PERAFFÁN CABRERA
Directora Oficina Jurídica

Mayo 2/2006
HP

DE: ANDRÉS AUGUSTO DÍAZ
Director Estudios Especiales

Mayo 30/2006

REFERENCIA: Solicitud Concepto Jurídico

Acuerdo
HP

Apreciada Doctora,

Comendidamente, solicito concepto jurídico sobre la aplicación de la ley 996 de 2005 en relación con recursos de contrapartida del crédito BID No 1243 OC CO.

Antecedentes.-

- 1.- La República de Colombia y el Banco Interamericano de Desarrollo celebraron el 12 de septiembre de 2000 el contrato de préstamo No 1243 OC CO "para cooperar en la ejecución de un programa, en adelante denominado "el Proyecto", consistente en el fortalecimiento de la Contraloría y la Auditoría General de la República. (Estipulaciones especiales 1).
- 2.- La cláusula 3. de las Estipulaciones del Convenio dispone que "Las partes convienen en que la ejecución del Proyecto y la utilización de los recursos del financiamiento del Banco serán llevadas a cabo en su totalidad por el Prestatario, por intermedio de la Contraloría General de la República (CGR) y de la Auditoría General de la República (AGR). La cláusula 1.01. Costo del Proyecto señala que "El costo total del Proyecto se estima en el equivalente de cuarenta y dos millones de dólares de los Estados Unidos de América (\$42.000.000)". El Anexo A, referente a El Proyecto capítulo III numeral 3.01 establece: "El costo del Programa será de US \$42 millones, de los cuales el Banco financiará US\$23 millones (55%). Este financiamiento estará dividido entre las dos entidades correspondiendo a la CGR US\$22 millones y a la AGR, US\$1 millón. El país financiará los restantes US\$19 millones (45%), que provendrán del presupuesto anual de funcionamiento e inversiones de la CGR (US\$18,4 millones) y de la AGR (US\$0,6 millones)".
- 3.- El término para la ejecución del proyecto vencía en el mes de marzo de 2005. No obstante, la Auditoría General de la República obtuvo prórroga para la ejecución hasta el mes de junio del presente año.
- 4.- Con el fin de cumplir con la programación que fue registrada en el Banco de Programas y Proyectos del DNP, la Nación ha venido incluyendo en los presupuestos anuales las partidas correspondientes del crédito, y aquellas correspondientes a la contrapartida a la cual se obligó la Nación en el contrato aludido. Todo ello, para cumplir la programación de ejecución de los

recursos destinados al Programa de Fortalecimiento Institucional, de conformidad con los planes y programas que hacen parte del citado contrato de crédito.

5.- La ley 996 del 24 de Noviembre de 2005, por la cual se reglamentó la elección del presidente de la república, dispuso en su artículo 33: "Restricciones a la contratación pública. Durante los cuatro (4) meses anteriores a la elección presidencial y hasta la realización de la elección en la segunda vuelta, si fuere el caso, queda prohibida la contratación directa por parte de todos los entes del Estado.

Queda exceptuado lo referente a la defensa y seguridad del Estado, los contratos de crédito público, los requeridos para cubrir las emergencias educativas, sanitarias y desastres, así como también los utilizados para la reconstrucción de vías, puentes, carreteras, infraestructura energética y de comunicaciones, en caso de que hayan sido objeto de atentados, acciones terroristas, desastres naturales o casos de fuerza mayor, y los que deban realizar las entidades sanitarias y hospitalarias".

6.- La norma ha sido objeto de interpretaciones por parte de organismos autorizados (Consejo de Estado, Procuraduría General de la Nación, Contraloría General de la República). No obstante, ya sea porque no se consideró en los respectivos conceptos, o para mayor claridad de los ejecutores de recursos, es preciso determinar el alcance de esa prohibición en relación con los recursos de contrapartida que hacen parte de una operación de crédito público.

Consulta.-

¿Pueden llevarse a cabo contratos con cargo a los recursos de contrapartida del Crédito República de Colombia – Banco Interamericano de Desarrollo No 1243 OC CO "para cooperar en la ejecución de un programa, en adelante denominado "el Proyecto", consistente en el fortalecimiento de la Contraloría y la Auditoría General de la República, crédito suscrito en el año 2000, en el primer semestre de 2006? ¿La contratación estaría cobijada por la prohibición contenida en el artículo 33 de la ley 996 de 2005? ¿En qué términos sí o no?

Agradezco de antemano la respuesta que esa distinguida dependencia emita sobre el particular.

Cordialmente,

ANDRÉS AUGUSTO DÍAZ
Director Estudios Especiales

mfbd



Devolver Copia Firmada

149

110.033.2006

AUDITORIA GENERAL DE LA REPUBLICA
Al Contador General 11234 140-3-31861 11/05/2005 02:43 PM
Trámite: 435 - SOLICITUD
1-33140 Actividad: 07 RESPUESTA, Folios: 0, Anexos: 00
Origen: 110 OFICINA JURIDICA
Destino: 140 OFICINA DE ESTUDIOS ESPECIALES Y APOYO TECNICO

Bogotá, D.C.,
OJ110-

Doctor:
ANDRES AUGUSTO DIAZ
Director Estudios Especiales
Auditoria General de la República

Mayo 30/2005
Anexo
af

REFERENCIA: N.U.R.: 140-3-31861
ASUNTO: Solicitud concepto jurídico Aplicación Ley 996 de 2005 en relación con los recursos de contrapartida del crédito República de Colombia -Banco Interamericano de Desarrollo BID No. 1243-

Respetado Doctor Díaz:

1.- LA CONSULTA

La Dirección Jurídica ha recibido la comunicación de la referencia, en la que se pide concepto, respecto de si "pueden llevarse a cabo contratos con cargo a los recursos de contrapartida del Crédito República de Colombia -Banco Interamericano de Desarrollo No. 1234; y si "la contratación estaría cobijada por la prohibición contenida en el artículo 33 de la Ley 996 de 2005, en que términos.

2. - FUNDAMENTOS:

De manera atenta, se da respuesta a los interrogantes planteados en el escrito en referencia, no sin antes mencionar que los conceptos que expide esta oficina son de carácter general y abstracto. Sobre ellos en su orden, me permito efectuar el siguiente análisis:

2.1.- Naturaleza jurídica y normatividad de los Contratos de empréstito celebrados ente la Nación y un organismo multilateral de crédito:

Con el fin de establecer la naturaleza jurídica y la normatividad que rige para los contratos de empréstitos celebrados por una entidad del Estado, con un organismo multilateral de crédito, debe hacerse referencia al Decreto 2681 de 1993 "Por el cual se reglamenta las operaciones de crédito público, las del

Anexo 3
30/05/06

manejo de la deuda pública, sus asimiladas y conexas y la contratación directa de las mismas."

En primer lugar, el citado decreto en su artículo 7 define los contratos de empréstito, como aquellos que *"tienen por objeto proveer a la entidad estatal contratante de recursos en moneda nacional o extranjera con un plazo para su pago"*, y señala además, que éstos *"se contrataran en forma directa, sin someterse al procedimiento de licitación o concurso de méritos."*

Dispone el decreto, que para la celebración de contratos de empréstito externo a nombre de la nación, se requiere del cumplimiento de una serie de requisitos, como son: *"a) La autorización para iniciar gestiones, impartida mediante resolución del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, la cual podrá otorgarse una vez se cuente con el concepto favorable del Consejo Nacional de Política Económica y Social -CONPES, y el concepto de la comisión de Crédito Público si el empréstito tiene plazo superior a un (1) año; b) Autorización para suscribir el contrato impartida por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público con base en la minuta definitiva del mismo."* (Art. 8º).

Por su parte, en el artículo 34, se hace referencia específica a los contratos de empréstito o cualquier otra forma de financiación, *que se contrate con organismos multilaterales de crédito*, con la indicación de que en los mismos *"se podrán incluir previsiones o particularidades contempladas en los reglamentos de tales entidades, siempre que no sean contrarias a la Constitución Política, o a la ley"*. Dice la norma, que constituyen previsiones o particularidades en los contratos de empréstito, entre otros: *La auditoría de tales proyectos; la presentación de reportes o informes de ejecución; la apertura de cuentas para el manejo de los recursos del crédito, y en general, las propias de la debida ejecución de dichos proyectos; al igual que: las referentes a la selección, adquisición y contratación de bienes y servicios para la ejecución del respectivo proyecto.*

En concordancia con las precitadas normas, es importante mirar con atención el inciso cuarto del artículo 13 de la Ley 80 de 1993, cuando en igual sentido, dispone de la facultad que se les otorga a las entidades estatales en la celebración de contratos con dichos organismos crediticios, para someterse a los reglamentos de éstos, siempre en el entendido, de que no pueden ser contrarios a la Carta Política y a las leyes colombianas:

"Los contratos financiados con fondos de los organismos multilaterales de crédito o celebrados con personas extranjeras de derecho público u organismo 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."

En relación con el inciso cuarto transcrito, la Corte Constitucional en sentencia C-249 de 2004, expediente D-4869, al declarar la constitucionalidad del mismo, resaltó dos aspectos importantes a tener en consideración, en el marco dentro del cual dicha discrecionalidad, puede ejercerse validamente. El primero de ellos, está relacionado con los recursos, como quiera que si la contratación versa sobre **recursos percibidos de entes u organismos internacionales a título de empréstito o donación, es totalmente aplicable este inciso** y, a contrario sensu resulta inaplicable, cuando los recursos no sean a título de donación o empréstito. Y como un segundo aspecto resalta, que la aplicación del inciso, en tratándose de los contratos relativos a fondos recibidos de los organismos multilaterales de crédito, encuentra plena justificación en el hecho de que Colombia hace parte de esos organismos internacionales, y al hacer parte de ellos puede aceptar sus estatutos y régimen de contratación en cumplimiento de los convenios, tratados y resoluciones en los que el país ha participado activamente. Expresa la Corte:

*"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.***

*Ahora bien, como acertadamente lo expresa la Vista Fiscal, **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.***

Por otra parte, -continúa la vista fiscal- nótese que 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.

Por consiguiente, de acuerdo con la interpretación asumida por esta Corporación el inciso cuarto del artículo acusado resulta constitucional."

Por su parte el Decreto 2166 de 2004 "Por medio del cual se modifica el Decreto 1896 y se reglamenta parcialmente el artículo 13 de la Ley 80 de 1993", en su artículo 1º, reitera el contenido del inciso cuarto del artículo 13 que reglamenta, el cual como ya se dijo, permite a los entes estatales el sometimiento en materia contractual, a los reglamentos de dichos organismos internacionales de crédito y, determina además, que **"el mismo tratamiento se dará a los recursos de contrapartida"**, es decir, que los recursos aportados por la entidad estatal en el contrato de empréstito, se someten a las previsiones establecidas por los reglamentos de éstos organismos. Dispone la norma:

"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 y pago de ajustes.

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

Se tiene entonces, que esta potestad otorgada por la ley a los entes estatales, para la contratación en materia empréstitos, permite que ésta se supedite a la los reglamentos de la entidad crediticia internacional, incluido, el manejo de los recursos de contrapartida.

2.2.- Contrato de Préstamo No. 1243/OC-CO, celebrado entre la República de Colombia y el Banco Interamericano de Desarrollo BID:

Ahora bien, es importante efectuar un breve análisis del Contrato de Préstamo No. 1243/OC-CO, celebrado entre la República de Colombia y el Banco Interamericano de Desarrollo BID.

En contrato en comento, tiene por objeto la cooperación en la ejecución de un programa –denominado proyecto- "consistente en el Fortalecimiento de la Contraloría y de la Auditoría General de la República", el cual fue suscrito por las partes, el 12 de septiembre de 2002.

En virtud del citado contrato de empréstito, le corresponde a la Auditoría General de la República, como organismo ejecutor del proyecto (Num. 3 Organismos Ejecutores, de las Estipulaciones Especiales del Contrato), la responsabilidad por la ejecución y utilización de los recursos del crédito en su componente IV de la Cláusula 2.01 del Anexo A (El Proyecto), del Contrato.

Como consecuencia del mismo, también le corresponde al Gobierno Colombiano prestatario, transferir los recursos de financiamiento y de la contrapartida local a la AGR, para que la misma cumpla con las obligaciones que le corresponde como organismo ejecutor, en los términos y condiciones previstas en el contrato (Cláusula 1.04. del Capítulo I y artículos 6.01. y 6.04. del Capítulo VI, del Contrato).

En el convenio de empréstito, se estableció como contrapartida local a cargo del Gobierno Nacional, específicamente para la AGR, la suma de US\$ 0.6 millones, provenientes del presupuesto anual de funcionamiento e inversiones de la Entidad, la cual, a la luz de las estipulaciones contractuales, debe ser suministrada por el prestatario en forma completa e ininterrumpida, para que el organismo ejecutor, la AGR, pueda llevar a cabo el proyecto con la debida diligencia, de conformidad con eficientes normas financieras y técnicas, y de acuerdo con los planes, especificaciones, calendario, presupuestos, reglamentos y otros documentos aprobados por el Banco (Cláusula 1.04. del Capítulo I; artículos 6.01. y 6.04. del Capítulo VI; y Anexo A El Proyecto III Costos y Financiamiento, del Contrato).

Se tiene entonces, que en el Contrato de Préstamo No. 1243/OC-CO, no sólo debe tenerse en cuenta que, por tratarse de un contrato de empréstito con un organismo multilateral de crédito, regulado por normas especiales, que como ya se anotó, permiten que el organismo estatal se someta a los reglamentos del Banco, sino que, igualmente y de conformidad con dicha normatividad, en lo que corresponde a la AGR como organismo ejecutor del mismo, tratándose de la selección, adquisición y contratación de bienes y servicios para la ejecución del proyecto, ésta debe ceñirse, a lo establecido en los Anexo B (Procedimiento de licitaciones) y C (Procedimiento para la selección y contratación de firmas consultoras o expertos individuales) del contrato.

Habida consideración de lo aquí expuesto, no cabe duda, de que el proyecto en su ejecución, al igual que en el manejo de los recursos, tanto del crédito como de la contrapartida, quedó supeditado a las *"Estipulaciones Especiales, las Normas Generales, el Anexo A junto con sus Apéndices I y II, y los Anexos B y C, contenidas en el Contrato de Préstamo No. 1243/OC-CO"* y, en consecuencia, como se dejó expresa estipulación en el mismo: ***"los derechos y obligaciones establecidos en el Contrato son válidos y exigibles, de conformidad con***

los términos en él convenidos, sin relación a la legislación de país determinado" (Cláusula 6.03 Validez del Capítulo VI de la Estipulaciones Especiales del Contrato).

3.- Artículo 33 de la Ley 996 de 2005

La Ley Estatutaria 996 de 2005, "por medio de la cual se reglamenta la elección de Presidente de la República, de conformidad con el artículo 152 literal f) de la Constitución Política, y de acuerdo con lo establecido en el Acto Legislativo 02 de 2004, y se dictan otras disposiciones", en su artículo 33 dispone:

"Artículo 33. Restricciones a la contratación pública. Durante los cuatro (4) meses anteriores a la elección presidencial y hasta la realización de la elección en la segunda vuelta, si fuere el caso, queda prohibida la contratación directa por parte de todos los entes del Estado.

Queda exceptuado lo referente a la defensa y seguridad del Estado, los contratos de crédito público, los requeridos para cubrir las emergencias educativas, sanitarias y desastres, así como también los utilizados para la reconstrucción de vías, puentes, carreteras, infraestructura energética y de comunicaciones, en caso de que hayan sido objeto de atentados, acciones terroristas, desastres naturales o casos de fuerza mayor, y los que deban realizar las entidades sanitarias y hospitalarias. Adicionalmente se exceptúan aquellos gastos inaplazables e imprescindibles que afecten el normal funcionamiento de la administración." (Lo subrayado y resaltado en negrilla fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional mediante sentencia C-1153 de 2005.)

La norma trascrita, efectivamente **prohíbe la realización de contratación directa por parte de todos los entes del Estado**, durante los cuatro (04) meses anteriores a la elección presidencial y hasta la realización de la segunda vuelta si fuere el caso, salvo en las excepciones contempladas en la misma.

Se observa, que una de las excepciones que taxativamente contempla el referido artículo, es la relacionada con los **"los contratos de crédito público"**.

Al conceptuar sobre las restricciones contenidas en la norma en comento, la Sala de Consulta y Servicio Civil de Consejo de Estado, en concepto del veinte (20) de febrero de 2006, con número de radiación 1724, hace alusión a los alcances de la sentencia C-249 de 2004 de la Corte Constitucional, que declaró la constitucionalidad del inciso cuarto del artículo 13 de la Ley 80 de 1993; en el sentido de que frente a la prohibición contenida en el artículo 33 de la Ley 996 de 2005, y atendiendo los parámetros fijados por la Corte, debe mirarse el origen de los recursos para entrar a determinar, cuando es viable optar por la aplicación de los reglamentos de las entidades internacionales, y cuando no hay lugar a ello. Por último estima la Sala que **"los compromisos pactados y financiados con organismos multilaterales de crédito, entre otros, se**

entienden vigentes y para su ejecución es viable continuar aplicando las normas de contratación del organismos extranjero". Expresa la Sala:

"La Corte Constitucional, al establecer el alcance del inciso cuarto del artículo 13 de la ley 80 de 1994 (SIC), señala dos criterios que el operador jurídico debe analizar a fin de determinar cuando un contrato se puede sustraer de la aplicación del Estatuto de Contratación, en cuanto a su formación, adjudicación, y cláusulas especiales de ejecución, cumplimiento, pago y ajustes.

(...)

En estos términos la regla de interpretación que fija la Corte Constitucional en la sentencia en comento, **es clara al señalar que cuando se este en presencia de contratos financiados con recursos provenientes de un organismo internacional, es viable optar por la aplicación de los reglamentos de tales entidades internacionales; a contrario sensu, cuando se trate de contratos que se financian con contratos con recursos del presupuesto general de la nación, se deberá aplicar el Estatuto General de Contratación Pública. Hace notar la Sala, que la Corte al fijar el alcance de la excepción propuesta fue tajante y no da margen alguno para una interpretación diferente.**

(...)

Con base en lo expuesto, la Sala considera que la aplicación del artículo 33 de la Ley 996 de 2005 en materia de convenios de cooperación con organismos multilaterales de crédito, con personas extranjeras de derecho público u organismos de cooperación, asistencia o ayuda internacional debe hacerse **a la luz del criterio expuesto por el juez constitucional en cuanto al origen de los recursos que se vinculen al convenio.**

(...)

Los compromisos pactados y financiados con fondos de los donantes, organismos multilaterales de crédito, personas extranjeras de derecho público u organismos de cooperación, asistencia u ayuda internacional, se entienden vigentes y para su ejecución es viable continuar aplicando las normas de contratación del organismo extranjero.
(Resaltado y subrayado fuera de texto)

Se concluye:

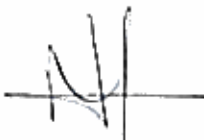
Los recursos del crédito como los de la contrapartida, para el proyecto a cargo de la AGR, deben utilizarse y ejecutarse conforme a las "Estipulaciones Especiales, las Normas Generales, y los Anexos junto con sus Apéndices, dispuestos en el Contrato de Préstamo No. 1243/OC-CO", celebrado entre la República de Colombia y el Banco Interamericano de Desarrollo BID. De igual manera, deben aplicarse los reglamentos del organismo multilateral estipulados en el Contrato de Préstamo, en lo referente a la selección, adquisición y

contratación de bienes y servicios en la ejecución del proyecto, por parte de la AGR.

Sólo resta puntualizar que este concepto se emite dentro de los parámetros establecidos en el artículo 25 del Código Contencioso Administrativo, con base en la información que ha sido suministrada por usted a este Despacho y, por tanto, no tiene carácter obligatorio, ni fuerza vinculante.

Confiando en que la inquietud planteada haya sido absuelta, se suscribe de usted,

Cordialmente,



ANA LYDA PERAFFÁN CABRERA
Directora Oficina Jurídica

ALPC