

Contratación con organismos de cooperación internacional

ANTECEDENTES

La contratación con organismos de cooperación internacional se encuentra regulada en el artículo 13 del Estatuto de Contratación Administrativa. En la exposición de motivos de la Ley 80 de 1993¹ se explica este artículo recogiendo las críticas de los anteriores estatutos de contratación, que se caracterizaron por la ineficiencia e ineficacia de la Administración Pública, al tener exceso de trámites y abundancia de procedimientos, cuando el contrato por el contrario se debe caracterizar por su agilidad. Por supuesto que la filosofía que gobierna esta forma de concebir la contratación pública está soportada en la «desconfianza respecto del contratista y del propio servidor público», que condujo a desnaturalizar la concepción jurídica del contrato. Bajo este esquema imperaba una serie de controles que involucraban al Consejo de Ministros y al Consejo de Estado, que de acuerdo con lo señalado en su momento por el ex ministro LUIS FERNANDO JARAMILLO CORREA, no solo eran por sí mismos innecesarios, sino que obstaculizaban la gestión de la administración y, lo más grave, el incremento en los costos del contrato.

Por lo anterior el legislador considera que se debe devolver al contrato estatal su propia

naturaleza, como es la *autonomía de la voluntad* y del *interés público* que encierra la actividad contractual, de tal manera que «las relaciones entre el organismo estatal y el contratista deberán fundarse en el acuerdo de sus voluntades, del que emanarán las principales obligaciones y efectos del acto jurídico. Por esta razón se reconoce en los artículos 13 y 14 del proyecto la plena aplicabilidad de las disposiciones comerciales y civiles en materia contractual».

Como soporte jurídico y siguiendo la exposición de motivos, se trae a colación el artículo 1602 del Código Civil, según el cual todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, criterio que consagra la libertad contractual que se complementa con la aplicación de la consensualidad del acuerdo de voluntades, en donde una vez se exprese la manifestación de la voluntad de cada contratante respecto de los elementos esenciales del contrato, surgirán las obligaciones a cargo de cada una de las partes, pero sin ignorar que esta libertad se encuentra limitada, por una lado, por el *interés público* con la imposición de las llamadas *cláusulas excepcionales* al derecho común; y por otro lado, en la escogencia del contratista.

El último inciso del artículo 13 de la Ley 80 de 1993 señala que cuando se trate de

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.

El Estado directamente o las entidades territoriales vienen suscribiendo contratos de préstamo, tanto con el Banco Interamericano de Desarrollo como con el Banco Mundial, organismos de cooperación internacional cuyos objetivos generales tienden a apoyar a países en desarrollo para atender sus prioridades más urgentes. Consultando la política del BID² encontramos que sus objetivos generales son apoyar las siguientes cinco áreas prioritarias: 1) Apoyar el proceso de pacificación; 2) Reducir la pobreza y la desigualdad; 3) Consolidar la descentralización; 4) Modernizar el Estado, y 5) Lograr un crecimiento sostenible. En cuanto al Banco Mundial³ sus preocupaciones más urgentes son la intensidad del conflicto armado y su incidencia en el desplazamiento y la pobreza de la población colombiana.

Como ejemplo podemos colocar el préstamo que actualmente viene ejecutando el BID con el Departamento de Cundinamarca⁴ en el proyecto denominado “Programa de desarrollo vial y fortalecimiento institucional en Cundinamarca” bajo el contrato de préstamo n.º CO-0264, en donde el prestatario y organismo ejecutor es el Departamento de Cundinamarca.

Tal como lo previenen este tipo de contratos, el BID presta una suma, para el ejemplo son US \$ 21.7 millones de dólares, de los cuales el Departamento tiene que colocar como contrapartida la suma de US \$ 9.3 millones de dólares, pactándose un plazo de

amortización del crédito de veinte años, los cuales tienen generalmente un periodo de gracia para la iniciación de los pagos. Como una manera de ilustrar el objetivo de este contrato de préstamo, se trata de facilitar el desarrollo y la accesibilidad regional a través del mejoramiento de la red vial y potenciar la capacidad de gestión departamental⁵. Para lograr este objetivo se proponen dos subprogramas: el vial, que comprende la inversión vial, el sistema de administración del mantenimiento y el fortalecimiento de la Secretaría de Obras Públicas, y el subprograma de fortalecimiento institucional, que comprende a su vez el fortalecimiento de los sistemas de planeación, administración financiera e información; fortalecimiento de los sistemas de apoyo a la gestión y asesoría técnica a municipalidades en materia fiscal, financiera y de ordenamiento territorial.

Como aspectos formales, para que estos contratos empiecen a funcionar, se requiere entre otros la constitución de una Unidad Coordinadora entre la entidad ejecutora y el Banco, pagada por el préstamo, que se encarga básicamente de hacer el enlace entre quien ejecuta el préstamo y el organismo de cooperación, y el trámite de *no objeción* por parte del banco prestatario al manual de funcionamiento del contrato de préstamo y del plan de acción para la ejecución del contrato.

Como aspectos sustanciales, las siguientes son las reglas que contienen los contratos de préstamo no compatibles con el Estatuto de Contratación Administrativa, Ley 80 de 1993:

1) Por razones de cuantía, el contrato de préstamo obliga al organismo ejecutor a seleccionar a los contratistas por el procedimiento de licitación pública internacional⁶, el cual tiene como características propias, por un lado, que se debe comunicar a todas las embajadas de los países

miembros del organismo de cooperación internacional (tal es el caso del BID) la apertura del proceso licitatorio; y en segundo lugar, se debe garantizar además de las publicaciones que ordena el artículo 30 de la Ley 80 de 1993, unas publicaciones internacionales cuyo aviso debe ser autorizado por el organismo de cooperación a través del instrumento de la *no objeción* y por un lapso mayor al estipulado en la legislación colombiana. De no cumplirse con estos requisitos el organismo de cooperación no sigue adelante con el proceso. Es de aclarar que por debajo de estos montos se podrá aplicar la legislación nacional sobre la materia en cuanto no sea incompatible con las condiciones del contrato de préstamo.

2) Este proceso de selección es mucho más largo que el que tiene consagrado el Estatuto de Contratación, por cuanto contempla una etapa no incluida en éste, como es un proceso de precalificación de ofertas, que consiste en una selección de posibles proponentes que deben cumplir con unos requisitos mínimos en experiencia, capacidad financiera, etc., los cuales una vez incluidos dentro de una lista, son los llamados posteriormente a presentar oferta económica en el proceso licitatorio. Para licitaciones que no sean internacionales no se requiere del proceso de precalificación.

3) Los proponentes, tanto en las licitaciones internacionales como las otras, no están obligados a estar inscritos en el registro de proponentes de la Cámara de Comercio, tal como lo exige la Ley 80 de 1993 para licitaciones públicas de obra, consultoría, suministro o compraventa (art. 22)⁷, por cuanto esta norma vulneraría la participación de proponentes de países miembros que no tienen intención de estar registrados en Colombia, pero que igual pueden hacer sus ofrecimientos en bienes o servicios o para la construcción de obras civiles.

4) En todos los procesos de selección el organismo de cooperación se abroga el derecho de revisar los pliegos de condiciones o términos de referencia y de presentar su *no objeción* a los mismos: sin este requisito el proceso de selección no puede seguir adelante en su trámite. Como características fundamentales del contenido de los pliegos para obras civiles, en primer lugar se debe dejar como mínimo un mes para la preparación de las ofertas y en algunos casos hasta noventa días, dependiendo de la complejidad de la obra, y por otra parte se encuentra el único criterio de selección una vez superada la precalificación de ofertas relativo al menor precio, esto último, criterio totalmente contrario a la determinación de la oferta más conveniente para la entidad bajo la ponderación de los criterios de experiencia, el plazo, el precio, etc. impuestos por el artículo 29 de la Ley 80 de 1993⁸.

En los casos de consultoría es de anotar que solo se evalúa la oferta técnica, pues la oferta económica solo se conoce a partir de la adjudicación del contrato a quien haya obtenido el primer orden de elegibilidad, y en este caso se inicia un proceso de negociación entre las partes, algo exógeno a nuestra legislación colombiana.

Para los contratos que tengan por objeto la adquisición de bienes o servicios, la exigencia de los organismos de cooperación es que los bienes o servicios provengan de países miembros de estos organismos de cooperación, de tal manera que ello se convierte en un requisito de participación.

5) Así mismo el organismo de cooperación se abroga el derecho de revisar el informe de evaluación de las ofertas y el orden de elegibilidad haciendo uso del mecanismo de la *no objeción* y, como en el caso anterior, de no otorgarse la *no objeción* no puede seguir adelante el proceso de adju-

dicación del contrato, pues el prestatario al no estar conforme con el orden de elegibilidad propuesto por la entidad ejecutora y si ésta insiste en no modificarlo, le hará saber su decisión de no financiar el proyecto.

6) Finalmente, una vez seleccionado al contratista, entra la fase final del proceso con la evaluación del contenido de la minuta del contrato para la *no objeción* por parte del organismo de cooperación, la cual una vez obtenida permitirá la suscripción del contrato entre la entidad ejecutante y el contratista seleccionado.

Como conclusión de esta primera parte, la norma autoriza a las entidades estatales para que puedan ejecutar los préstamos producto de estos contratos, pues de no existir esta norma, no podrían hacerse efectivos por cuanto estos organismos internacionales imponen unas cláusulas especiales para efectos de la selección del contratista y solo de manera supletiva las normas nacionales, que en caso de no acogerse a estas normas, simplemente de organismo no financia el proyecto.

Estas cláusulas están referidas, por ejemplo, a la provisión de bienes o servicios que sean de los países miembros del Banco y, por otra parte, condiciones especiales relacionadas con términos más amplios para publicitar las licitaciones de modo que sean conocidas en el ámbito internacional; para presentar ofertas y para adjudicar el contrato; mecanismos para autorizar con *no objeciones* cada etapa del proceso de selección que se surta, incluyendo la aprobación de la evaluación con su orden de elegibilidad y el contenido de la minuta del contrato.

APLICACIÓN INDEBIDA DEL
INCISO FINAL DEL ARTÍCULO 13
DE LA LEY 80 DE 1993

Luego de analizar cuáles son las finalidades del último inciso del artículo 13 sobre

los contratos financiados con fondos de convenios que se suscriben con organismos multilaterales de crédito o celebrados con personas extranjeras de derecho público u organismos de cooperación, asistencia o ayuda internacionales y la autorización legal para 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, es necesario plantear cómo a partir de la entrada en vigencia de la ley, algunas entidades del orden nacional, departamental o municipal iniciaron, amparados en esta norma, la aplicación de una interpretación con fines distintos a los queridos por el legislador.

Se trata por supuesto de la suscripción de una serie de convenios de cooperación con estos organismos identificados en el artículo 13 (llámese Organización de Estados Iberoamericanos, OEI, Secretaría Ejecutiva Andrés Bello, SECAB, etc.), en donde la entidad estatal para ejecutar sus proyectos de inversión decidía a través del convenio de cooperación trasladar unos recursos públicos para que estas entidades efectuaran los procesos de selección de los contratistas y la celebración de los contratos correspondientes a cambio de una comisión de administración de estos recursos públicos. Es de aclarar que como estos organismos no tienen la categoría de entidades estatales enunciadas en la Ley 80, este régimen no les aplicaba y por ello su régimen de contratación es el previsto por las normas civiles o comerciales, con lo cual podían seleccionar a sus contratistas bajo estas normas sin tener que someterse a los rigores de los procesos de selección a que estaban obligadas las entidades estatales como es la licitación pública.

Como vemos, no se trata de recursos de los organismos de cooperación internacio-

nal dispuestos a financiar, en forma compartida con las entidades nacionales, proyectos para el mejoramiento de las condiciones económicas o de pobreza del país; se trataba de recursos públicos que en su totalidad iban a parar a manos de estos organismos, quienes para su ejecución cobraban por los costos de administración de estos recursos, con lo cual no se cumplía con la finalidad del artículo 13 de la Ley 80, pero de paso se estaba vulnerando la norma que regulaba los requisitos para la celebración de contratos de fiducia pública o de encargo fiduciario⁹, que es en lo que considero se convirtieron estos organismos de cooperación internacional.

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 13 DE LA LEY 80 DE 1993

Mediante sentencia C-249 de 2004¹⁰, la Corte Constitucional se pronunció sobre la constitucionalidad del artículo 13 de la Ley 80 de 1993, en donde merece destacarse en primer lugar las intervenciones de la Auditoría General de la Nación y de la Procuraduría General de la Nación, por cuanto mencionan la problemática que se ha venido gestando con la aplicación del último inciso del artículo 13.

En la intervención de la Auditoría General de la Nación reconoce las irregularidades que han venido cometiendo las entidades estatales, en donde aplican este aparte del artículo 13 para suscribir contratos de fiducias con estos organismos de cooperación, los cuales no tienen dentro sus objetos sociales comprendidas las actividades que terminan contratando con el Estado, pues no tienen autorización de la Superintendencia Bancaria para operar como fiduciarias.

Otra de las irregularidades que detectó la Auditoría es el uso de estos convenios con

organismos de cooperación para contratar personas naturales que se encuentran inhabilitadas para contratar con el Estado o que reciban una remuneración superior porque acaban de ser retiradas de la planta de personal.

Se reconoce igualmente que estos convenios han servido para ejecutar partidas presupuestales, de tal manera que la entidad estatal reporta una buena ejecución dentro de la vigencia cuando en realidad la ejecución real de los recursos públicos se viene dando después de los tres años y por estar los recursos públicos en manos de estos organismos, no es posible ejercer el control fiscal, pues estas organizaciones gozan de la reserva de sus actuaciones por efectos de la inmunidad de sus estatutos¹¹.

Concluye la Auditoría General de la Nación con lo siguiente:

«— La indebida aplicación del inciso cuarto del artículo 13 de la Ley 80, de una parte elude el régimen de contratación, el sistema presupuestal y las normas sobre control fiscal, y de otra, viola los artículos 4.º, 209, 267 y 352 de la Carta.

— Lo anterior lleva a que el Estado incurra en costos excesivos en materia de funcionamiento, pues además de los gastos de nómina del personal llamado a cumplir las funciones de contratación de las entidades, también está reconociendo el valor de las comisiones cobradas por los organismos internacionales. Nótese que estos organismos cobran a título de administración, o bien la totalidad de los rendimientos que genere la suma entregada durante el plazo de ejecución del convenio o, hasta el 2.5 % del monto de las sumas que le son entregadas.

— Finalmente, no obstante el Decreto 2170 de 2002, con el cual se pretende corregir la anterior práctica, es lo cierto que la norma permite la posibilidad de que los organismos internacionales administren recursos

nacionales que no están vinculados a operaciones de empréstito externo, ni asistencia, ayuda o cooperación. Pues, se autoriza implícitamente a las autoridades colombianas para aplicar el último inciso del artículo 13 conforme a la interpretación que es cuestionada en esta oportunidad».

Por su parte, la intervención de la Procuraduría General de la Nación considera constitucional la norma, pero solo en el entendido de que se trate de recursos provenientes de estos organismos de cooperación multilaterales¹², pues de no existir esta previsión normativa, no habría lugar a la ejecución de estos recursos que provienen del exterior y que obligan a que se apliquen con los reglamentos de estas entidades. Sin embargo, sí llama la atención acerca de las irregularidades que han venido cometiendo las entidades estatales con la aplicación del artículo 13 en su inciso final, pues pretenden darle alcance a dicho artículo a través de la contratación con estos organismos de cooperación pero no con los recursos de éstos sino con recursos de la respectiva entidad estatal, con «... el exclusivo fin de eludir soterradamente los procesos de licitación pública, y en general del estatuto contractual». Se agrega que cuando los organismos de cooperación están ejecutando recursos públicos no se deben aplicar sus propios reglamentos sino como desarrollo de una función típicamente administrativa, «debe sujetarse al artículo 111 de la Ley 489 de 1998, que a su vez remite a la Ley 80 de 1993 y a sus cláusulas excepcionales», y en esos términos la ejecución de estos convenios debe ser objeto de los controles fiscales y disciplinarios.

Finalmente, ya en cuanto al estudio de constitucionalidad del inciso final del artículo 13 emitido por la Corte Constitucional, la misma, acogiéndose a las intervenciones de la Auditoría General de la Nación y de

la Procuraduría General de la Nación, considera que del artículo se colige que se refiere de manera exclusiva a los ingresos girados al Tesoro Público proveniente de los entes u organismos internacionales, por lo tanto, este inciso no es aplicable «... 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», dando como ejemplo que la norma no puede ser aplicable en relación con «... los contratos de administración de recursos estatales que las autoridades competentes no hayan aforado legalmente a título de donación o empréstito».

Agrega la Corte que cuando la norma señala que «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», solo se está refiriendo a los contratos relativos a recursos percibidos de entes u organismos internacionales, y que generalmente se dan a través de contratos de empréstito o de donación.

Concluye la Corte Constitucional que este inciso final del artículo 13 se está refiriendo a los contratos que permiten la captación de recursos de los organismos multilaterales de crédito o celebrados con personas extranjeras de derecho público u organismos de cooperación, asistencia o ayuda internacionales, pues 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 lo tanto, el inciso cuarto del artículo 13 resulta constitucional y en

esos términos declara la exequibilidad así: «3. Declarar la *exequibilidad* del cuarto inciso del artículo 13 de la Ley 80 de 1993, en el entendido de que la discrecionalidad allí prevista sólo puede ejercerse válidamente, en relación con los contratos relativos a recursos percibidos de entes u organismos internacionales, esto es, en relación con contratos de empréstito, donación, asistencia técnica o cooperación celebrados por las respectivas entidades estatales con entes u organismos internacionales».

DIRECTIVA DE LA PROCURADURÍA
GENERAL DE LA NACIÓN

La jurisprudencia C-249 de 2004 generó un pronunciamiento por parte de la Procuraduría General de la Nación mediante la Directiva n.º 10 de mayo 21 de 2004, por medio de la cual se fija criterios de aplicación de esta sentencia en relación con la contratación con organismos internacionales.

En dicha directiva, luego de resaltar las consideraciones de la Corte Constitucional para declarar la exequibilidad, de entre otros, el inciso cuarto del artículo 13, trae a colación el contenido del artículo 56 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia que establece que las sentencias de constitucionalidad surten efectos a partir del día siguiente en que la Sala Plena ha tomado la respectiva decisión, y es por ello que los efectos de la sentencia C-249 del 2004 empezaron a surtirse a partir del 17 de marzo del año en curso.

Y en esos términos resuelve lo siguiente: «*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, numerales 2¹³ y 45¹⁴ 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: 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. 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.

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

CALIFICACIÓN DE LA FALTA
POR APLICACIÓN INDEBIDA DEL
INCISO CUARTO DEL ARTÍCULO 13
DE LA LEY 80 DE 1993

En cuanto a la calificación de falta gravísima, consideramos que es necesario configurar los argumentos para determinar en qué casos se presenta esta calificación, cuando se le otorga al inciso final del artículo 13 de la Ley 80 de 1993 un alcance diferente al previsto en la ley.

Señala el artículo 23 de la Ley 734 de 2002 qué se entiende por falta disciplinaria, en los siguientes términos:

«Artículo 23. *La falta disciplinaria*. Constituye falta disciplinaria, y por lo tanto da lugar a la acción e imposición de la sanción correspondiente, la incursión en cualquiera de las conductas o comportamientos previstos en este código que conlleve incumplimiento de deberes, extralimitación en el ejercicio de derechos y funciones, prohibiciones y violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflicto de intereses, sin estar amparado por cualquiera de las causales de exclusión de responsabilidad contempladas en el artículo 28 del presente ordenamiento».

Por su parte, el artículo 34 de la misma ley nos indica cuáles se consideran deberes del servidor público, dentro de los cuales se encuentra el siguiente en el numeral primero:

«Artículo 34. *Deberes*. Son deberes de todo servidor público:

1. Cumplir y hacer que se cumplan los deberes contenidos en la Constitución, los tratados de Derecho Internacional Humanitario, los demás ratificados por el Congreso, *las leyes*, los decretos, las ordenanzas, los acuerdos distritales y municipales, los estatutos de la entidad, los reglamentos y los manuales de funciones, las decisiones judiciales y disciplinarias, las convencio-

nes colectivas, los contratos de trabajo y las órdenes superiores emitidas por funcionario competente.

Los deberes consignados en la Ley 190 de 1995 se integrarán a este código» (cursiva fuera del texto).

Así mismo, el artículo 35 consagra entre otras las siguientes prohibiciones al servidor público:

«Artículo 35. *Prohibiciones*. A todo servidor público le está prohibido:

1. Incumplir los deberes o abusar de los derechos o extralimitar las funciones contenidas en la Constitución, los tratados internacionales ratificados por el Congreso, *las leyes*, los decretos, las ordenanzas, los acuerdos distritales y municipales, los estatutos de la entidad, los reglamentos y los manuales de funciones, las decisiones judiciales y disciplinarias, las convenciones colectivas y los contratos de trabajo» (cursiva fuera del texto).

Respecto del régimen de sanciones, el artículo 44 contempla las siguientes a que está sometido el funcionario que incurra en la violación del Código Disciplinario:

«Artículo 44. *Clases de sanciones*. El servidor público está sometido a las siguientes sanciones:

1. Destitución e inhabilidad general, para las faltas gravísimas dolosas o realizadas con culpa gravísima.
2. Suspensión en el ejercicio del cargo e inhabilidad especial para las faltas graves dolosas o gravísimas culposas.
3. Suspensión, para las faltas graves culposas.
4. Multa, para las faltas leves dolosas.
5. Amonestación escrita, para las faltas leves culposas.

Parágrafo. Habrá culpa gravísima cuando se incurra en falta disciplinaria por ignorancia supina, desatención elemental o violación manifiesta de reglas de obligatorio cumplimiento. La culpa será grave cuando se in-

curra en falta disciplinaria por inobservancia del cuidado necesario que cualquier persona del común imprime a sus actuaciones».

Así mismo, el numeral 31 del artículo 48 de la Ley 734 define las causales que generan faltas gravísimas, dentro de las cuales se encuentra la siguiente:

«Artículo 48. *Faltas gravísimas*. Son faltas gravísimas las siguientes:

31. Participar en la etapa precontractual o en la actividad contractual, en detrimento del patrimonio público».

Finalmente, el artículo 50 define lo que se entiende por faltas graves y leves en los siguientes términos:

«Artículo 50. *Faltas graves y leves*. Constituye falta disciplinaria grave o leve, el incumplimiento de los deberes, el abuso de los derechos, la extralimitación de las funciones, o la violación al régimen de prohibiciones, impedimentos, inhabilidades, incompatibilidades o conflicto de intereses consagrados en la Constitución o en la ley. La gravedad o levedad de la falta se establecerá de conformidad con los criterios señalados en el artículo 43 de este código. Los comportamientos previstos en normas constitucionales o legales como causales de mala conducta constituyen falta disciplinaria grave o leve si fueren cometidos a título diferente de dolo o culpa gravísima».

Tal como lo sostienen los artículos 34 y 35 de la Ley 734 de 2002, los funcionarios públicos tienen el deber de cumplir con los mandatos de la Constitución y la ley y correlativamente les está prohibido el incumplir con los deberes contemplados en la ley o violar el régimen de prohibiciones; por lo tanto, el funcionario que aplique indebidamente el inciso cuarto del artículo 13 de la Ley 80 al celebrar contratos con organismos de cooperación internacional para la administración de los recursos públicos de

la entidad estatal que representa le genera *responsabilidad disciplinaria*.

El incumplimiento de los deberes o la violación del régimen de prohibiciones tiene como consecuencia desde el punto de vista disciplinario, de acuerdo con lo previsto en el artículo quinto, el constituir falta grave o leve, cuya graduación estará a cargo del funcionario investigador, quien tendrá la obligación de considerar todas las circunstancias que rodearon la conducta del investigado para determinar si constituye falta grave o leve.

En caso que el funcionario investigador determine que el investigado incurrió en una falta grave, la máxima sanción a que someterá al investigado será el de suspensión en el ejercicio del cargo e inhabilidad especial (num. 2.º art. 44 de la Ley 734 de 2002), si se comprueba que se cometió de manera dolosa o gravemente culposa.

Sin embargo, recogiendo lo expuesto en las consideraciones de la intervención de la Auditoría General de la Nación contenidas en la Sentencia C-249 de 2004 de la Corte Constitucional, en cuanto a que la celebración de contratos con organismos de cooperación internacional para la administración de recursos del Tesoro Nacional genera unos costos adicionales para la entidad estatal, pues le debe cancelar al organismo de cooperación la administración de estos recursos públicos, se configura un detrimento al patrimonio público; con lo cual se dan los presupuestos contenidos en el numeral 31 del artículo 48 de la Ley 734, que señala que constituye falta gravísima el hecho que el funcionario público participe en la etapa precontractual o en la actividad contractual en detrimento del patrimonio público, lo cual le permitiría al funcionario investigador fallar con la destitución del cargo e inhabilidad general (num. 1.º art. 44 de la Ley 734 de 2002) si se demuestra que el funcio-

nario investigado actuó con dolo o culpa gravísima.

DECRETO REGLAMENTARIO
N.º 2166 DEL 7 DE JULIO DE 2004

El Gobierno Nacional expide el Decreto 2166 de 2004 del 7 de julio, por medio del cual se modifica el Decreto 1896 de 2004 y se reglamenta parcialmente el artículo 13 de la Ley 80 de 1993, en donde en su artículo primero y segundo reglamenta el artículo 13 en los siguientes términos:

«Artículo 1.º. El artículo 1.º del Decreto 1896 de 2004 quedará así:

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.º. 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».

Adicionalmente se expide un párrafo en el cual se prohíbe expresamente la posibilidad de aplicar esta norma para administración de recursos en los siguientes términos: «Artículo 1.º. El artículo 1.º del Decreto 1896 de 2004 quedará así:...

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

Por su parte se establece en el artículo tercero que permite la continuación de los convenios que hubiesen contratado las entidades estatales con estos organismos de cooperación hasta su terminación y de la siguiente manera:

«Artículo 3.º. Transitorio. 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».

CONCLUSIONES

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 el numeral segundo del artículo 44 y el artículo 45 de la Ley 80 de 1993, teniendo en cuenta los efectos jurídicos derivados de dicho pronunciamiento.

El artículo 15 del Decreto 2170 de 2002¹⁵ fue derogado tácitamente por el Decreto 2166 del 7 de julio de 2004.

La Procuraduría General generó una obligación a cargo de todas las entidades estatales en el sentido de que las mismas deberán rendir un informe detallado sobre 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.

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.

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 de los mismos, ha de sujetarse a los principios y normas de la Ley 80 de 1993. 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.

El incumplimiento de la Sentencia C-249 del 16 de marzo de 2004, la Directriz n.º 10 del 10 de mayo de 2004 y el Decreto 2166

del 7 de julio de 2004 se considera como falta grave que dará lugar a la suspensión del cargo e inhabilidad especial, pero si se presenta detrimento al patrimonio público se considerará falta gravísima que dará lugar a la destitución e inhabilidad general.

ERNESTO MATALLANA CAMACHO
Departamento de Derecho Constitucional
Universidad Externado de Colombia

1. *Gaceta del Congreso*, n.º 75 (23 de septiembre de 1992. Proyecto de Ley n.º 149 de 1992 “Por el cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”, pp. 11 y 12.

2. Información consultada en la página web www.iadb.org perteneciente al Banco Interamericano de Desarrollo, BID, Colombia.

3. Información consultada en la página web [www.worldbank.org] perteneciente al Banco Mundial, Colombia.

4. Información consultada en la página web [www.iadb.org] perteneciente al Banco Interamericano de Desarrollo, BID, Colombia.

5. Los objetivos específicos para el sector vial son: 1) Mejorar la red secundaria, aumentando su conectividad regional y reduciendo los costos de transporte. 2) Mejorar la ejecución del mantenimiento vial, y 3) Mejorar la gestión vial. En cuanto al fortalecimiento institucional son: 1) Consolidar los sistemas de planeación, seguimiento y evaluación de la gestión; implantar el Sistema de Gestión Financiera Territorial (SGFT) y el de información departamental (SIDEF). 2) Conformar el sistema de memoria documental, consolidar el de evaluación del desempeño, y de control interno, y 3) Otorgar asesoría técnica a municipios en las áreas administrativa, fiscal, financiera y de ordenamiento territorial.

6. Si vamos al ejemplo propuesto, encontramos que el Departamento de Cundinamarca está obligado a acudir a licitación internacional cuando pretenda contratar bienes y servicios conexos por la suma de US \$ 350.000 para contratos; o US \$ 250.000 para contratos de consultoría; o US \$ 5 millones para obras civiles.

7. «Artículo 22. De los registros de proponentes. Todas las personas naturales o jurídicas que aspiren a celebrar con las entidades estatales, contratos de obra, consultoría, suministro y compraventa de bienes muebles, se inscribirán en la Cámara de Comercio de su jurisdicción y deberán estar clasi-

ficadas y calificadas de conformidad con lo previsto en este artículo».

8. Artículo 29. *Del deber de selección objetiva*. La selección de contratistas será objetiva.

Es objetiva la selección en la cual la escogencia se hace al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva.

Ofrecimiento más favorable es aquel que, teniendo en cuenta los factores de escogencia, tales como cumplimiento, experiencia, organización, equipos, plazo, precio y la ponderación precisa, detallada y concreta de los mismos, contenida en los pliegos de condiciones o términos de referencia o en el análisis previo a la suscripción del contrato, si se trata de contratación directa, resulta ser el más ventajoso para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos, *sólo alguno de ellos, el más bajo precio o el plazo ofrecido*. El menor plazo que se ofrezca inferior al solicitado en los pliegos, no será objeto de evaluación (*cursiva fuera del texto*).

9. Artículo 32. *De los contratos estatales*.

5.º. Encargos Fiduciarios y Fiducia Pública.

Los encargos fiduciarios que celebren las entidades estatales con las sociedades fiduciarias autorizadas por la Superintendencia Bancaria, tendrán por objeto la administración o el manejo de los recursos vinculados a los contratos que tales entidades celebren. Lo anterior sin perjuicio de lo previsto en el numeral 20 del artículo 25 de esta ley.

Los encargos fiduciarios y los contratos de fiducia pública sólo podrán celebrarse por las entidades estatales con estricta sujeción a lo dispuesto en el presente estatuto, únicamente para objetos y con plazos precisamente determinados. En ningún caso las entidades públicas fideicomitentes podrán delegar en las sociedades fiduciarias la adjudicación de los contratos que se celebren en desarrollo del encargo o de la fiducia pública, ni pactar su remuneración con cargo a los rendimientos del fideicomiso, salvo que éstos se encuentren presupuestados.

Los encargos fiduciarios y los contratos de fiducia mercantil que a la fecha de promulgación de esta ley hayan sido suscritos por las entidades estatales, continuarán vigentes en los términos convenidos con las sociedades fiduciarias.

La selección de la sociedad fiduciaria a contratar, sea pública o privada, se hará con rigurosa observancia del procedimiento de licitación o concurso previsto en esta ley.

Los actos y contratos que se realicen en desarrollo de un contrato de fiducia pública o encargo fiduciario cumplirán estrictamente con las normas previstas en este estatuto, así como con las disposiciones fiscales, presupuestales, de interventoría y de control a las cuales esté sujeta la entidad estatal fideicomitente.

Sin perjuicio de la inspección y vigilancia que sobre las sociedades fiduciarias corresponde ejercer a la Superintendencia Bancaria y del control posterior que deben realizar la Contraloría General de la República y las Contralorías Departamentales, Distritales y Municipales sobre la administración de los recursos públicos por tales sociedades, las entidades estatales ejercerán un control sobre la actuación de la sociedad fiduciaria en desarrollo de los encargos fiduciarios o contratos de fiducia, de acuerdo con la Constitución Política y las normas vigentes sobre la materia.

La fiducia que se autoriza para el sector público en esta ley, nunca implicará transferencia de dominio sobre bienes o recursos estatales, ni constituirá patrimonio autónomo del propio de la respectiva entidad oficial, sin perjuicio de las responsabilidades propias del ordenador del gasto. A la fiducia pública le serán aplicables las normas del Código de Comercio sobre fiducia mercantil, en cuanto sean compatibles con lo dispuesto en esta ley.

So pena de nulidad no podrán celebrarse contratos de fiducia o subcontratos en contravención del artículo 355 de la Constitución Política. Si tal evento se diese, la entidad fideicomitente deberá repetir contra la persona, natural o jurídica, adjudicataria del respectivo contrato».

10. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia del 16 de marzo de 2004, M. P.: JAIME ARAÚJO RENTERÍA.

11. Sobre este punto la AUDITORÍA GENERAL DE LA NACIÓN señaló lo siguiente: «Tal proceder afecta la materialización del control fiscal, dado que las contralorías no pueden acceder a los documentos que contienen la historia de los respectivos contratos en tanto hacen parte del archivo documental de los organismos, los cuales se encuentran amparados por el beneficio de inmunidad reconocida en las normas aprobatorias de los estatutos. Al respecto debe observarse que debido a que Colombia se adhirió al Tratado de Viena II sobre el derecho de los tratados o convenios suscritos entre Estados y Organismos Internacionales, esta práctica podría ser considerada como parte de las facultades implícitas de estas personas de derecho público, tal como se desprende del artículo 31 del Tratado de Viena.

De acuerdo con esta norma que fue incorporada mediante Ley 406 de 1997 (C-400 de 1998), si en la ejecución de un contrato o convenio suscrito con organismos internacionales se presenta una práctica ulterior que pueda considerarse como una interpretación acordada por las partes como parte del objeto del tratado, la persona de derecho público internacional adquiere una facultad implícita a su objeto inicial».

12. Del inciso cuarto del artículo 13 de la Ley 80 de 1993 se deriva un régimen especial de contratación, que permite la inaplicación de sus normas. Asimismo es necesario aclarar que el sentido de la norma referente a la aplicación de reglamentos de los citados entes en los procesos de formación y adjudicación del contrato, alude únicamente a aquellos que se suscriban con *recursos provenientes* (sic) de los organismos multilaterales, personas de derecho público y organismos de cooperación, asistencia o ayuda internacional, es decir, que la norma no hace mención a los contratos que se ejecutan con dichos entes y con recursos emanados de la respectiva entidad estatal.

– La exclusión del inciso cuarto es constitucional, en tanto lo perseguido por ella es que los contratos financiados con recursos provenientes del extranjero, ya sea a manera de empréstito o donación, no se sometan al orden jurídico interno, debido a la naturaleza de dichos entes y a las barreras y obstáculos que pueden presentarse para obtener esos recursos, es decir, que en la práctica difícilmente se podrá acceder a esos fondos si unilateralmente las entidades públicas quieren imponer la aplicación del estatuto contractual.

– Piénsese por ejemplo, en los contratos de empréstitos suscritos con el BID o con el FMI, si se les exigiese el cumplimiento de la norma nacional, ya que éstos no tendrían más opción que denegar los préstamos a entes estatales, en vista de que es apenas obvia la aplicación de sus reglamentos internos, que no han sido expedidos por el capricho de los dirigentes de esos organismos, sino que corresponden a políticas adoptadas en el marco del derecho internacional, 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 estos eventos, solicitar la aplicación del derecho interno en materia de contratación, es prácticamente aislarse del concierto internacional en el tema crediticio, a más de que no sólo implica el aspecto de poder obtener bienes y servicios, sino que está de por medio el desarrollo

macroeconómico que se pretende lograr cuando se acude a esta clase de créditos.

– 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.

– De otra parte, respecto de los contratos celebrados con personas extranjeras de derecho público la norma no puede examinarse de manera aislada. Dentro de los mismos caben los acuerdos o convenios internacionales suscritos por Colombia con tales personas, donde es necesario aplicar reglas distintas a las nacionales con el fin de satisfacer las necesidades colectivas».

13. «Artículo 44. *De las causales de nulidad absoluta*. Los contratos del Estado son absolutamente nulos en los casos previstos en el derecho común y además cuando:

2.º. Se celebren contra expresa prohibición constitucional o legal».

14. «Artículo 45. *De la nulidad absoluta*.

En los casos previstos en los numerales 1.º, 2.º y 4.º del artículo anterior, el jefe o representante legal de la entidad respectiva deberá dar por terminado el contrato mediante acto administrativo debidamente motivado y ordenar su liquidación en el estado en que se encuentre».

15. «Artículo 15. *Reglas para la celebración de contratos con organismos multilaterales*. Para la celebración de contratos que involucren la administración de recursos públicos, con los organismos de cooperación, asistencia o ayuda internacional de que trata el inciso final del artículo 13 de la Ley 80 de 1993, las entidades cumplirán las siguientes reglas:

1. La selección del organismo se realizará mediante concurso en el cual deberán prevalecer como criterios de selección los señalados en el numeral 4.º del artículo 4.º del presente decreto para la prestación de servicios especializados.

2. Los contratos tendrán indicadores que permitan hacer una medición de la gestión financiera, operativa y de eficacia en la ejecución.

3. Al finalizar la ejecución del contrato la entidad contratante solicitará al organismo contratado la presentación de un informe debidamente auditado.

4. Se liquidarán conforme a la ley.

Parágrafo. Este artículo no se aplicará cuando se trate de contratos celebrados en cumplimiento de compromisos financieros internacionales adquiridos

por el país o cuando el objeto de los mismos sea la administración de recursos provenientes exclusivamente de cooperación internacional o de la contrapartida nacional de los mismos».