

Naturaleza jurídica del ámbito de aplicación del estatuto de contratación estatal en tratándose de contratos financiados y ejecutados con recursos de organismos internacionales

DEISY JOANNA FORERO FORERO*

* Abogada Universidad Santo Tomás - Bucaramanga, 2002. Especialista en Derecho Administrativo USTA, 2004. Conciliadora Colegio Santandereano de Abogados. Diplomado en Pedagogía para la Educación Superior. Conciliadora en Derecho, 2007. Especialista en Contratación Estatal Universidad Externado de Colombia, 2009.

Resumen

La contratación estatal ha estado regulada por diversas normas, las cuales en ocasiones dificultan su aplicación.

El presente artículo pretende hacer un análisis contrastivo entre el Decreto 222 de 1983, la Ley 80 de 1993 y la actual norma, la Ley 1150 de 2007. Lo anterior, con el fin de hacer énfasis en la contratación estatal con recursos de organismos internacionales.

Palabras Claves: contratación estatal, derecho público, organismos multilaterales, administración pública.

Key Words: state contract, public law, multilateral organism, public administration.

Abstract

State contracts has been ruled by different norms, which in different occasions, make difficult its appliation.

The actual article aims at making a contrastive analysis between Decree 222 issued in 1983, the Law 80 issued in 1993 y the norm, the Law 1150 issued in 2007. This, with the purpose of making emphasis in state contract with international.

El Estado, en cumplimiento de los fines que le son propios a través de los cuales satisface los intereses de los particulares y las personas que residen en el país, ejecuta una serie de actividades tendientes a cumplir con dichos fines; estas actividades se encuentran reguladas por las distintas leyes que profiere el legislador y las cuales en su totalidad deben guardar coherencia con la ley de leyes: Constitución Política de Colombia.

Uno de los aspectos que ha sido objeto de reglamentación, por el legislador, es el relacionado con la Contratación Estatal; por ello, se han expedido distintas leyes con las cuales se pretende dar un enfoque al ejercicio de la actividad contractual del Estado; en ese orden de ideas, se ha expedido el Decreto 222 de 1983, posteriormente la ley 80 de 1993 y ahora la ley 1150 de 2007, cada una de ellas con una reglamentación propia que ha buscado dar mayor claridad al ejercicio de la actividad contractual del Estado; sin embargo, la misma ley ha hecho que la contratación estatal sea compleja, y debido a la diversidad de normas que se han expedido, no se ha logrado unificar criterios que regulen este importante aspecto, ni si quiera ha podido existir una línea jurisprudencial sobre el tema, porque en razón de la congestión jurídica de lo contencioso, no es fácil que se profieran sentencias que hagan jurisprudencia en torno al tema que se está tratando.

Ese régimen de contratación, ley 80 de 1993, como lo señala el Tratadista Juan Ángel Palacio Hincapié, "no escapó a la intención privatizadora de la política de apertura económica y de privatización del gobierno,

dando auge a la libertad de contratación bajo el principio de la autonomía de la voluntad, de donde los contratos estatales, no tienen una tipología específica sino que obedecen al acuerdo de voluntad entre las partes, sometido desde luego a la naturaleza del objeto a contratar. El contenido de los mismos se regulará por las normas de la ley 80 de 1993, pero además por las normas civiles y comerciales, tienen una sola denominación: Contratos Estatales, que corresponden a todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades estatales, actos que se quedarán bajo un régimen promiscual de normas legales: de derecho público, comerciales y civiles". Es decir, que el mismo régimen de contratación estatal, tiene una regulación tanto de las normas de derecho público, como de las de derecho privado.

Desde ese punto de vista, se puede concluir que la ley 80 de 1993, como la ley 1150 de 2007, no son la única normatividad aplicable a los contratos estatales, sino que estos también se regulan por las normas de derecho privado, pues el mismo legislador dispuso una vocación privatista; en lugar de determinar que solo se someterían al estatuto de contratación, los remitió a normas privadas. De otra parte, se tiene una dualidad en la contratación de las entidades estatales: los contratos que se rigen fundamentalmente por las normas de derecho privado, y los que corresponden típicamente a aspectos comerciales o industriales. Al derecho privado corresponden los de arrendamiento, los de donación, los de actividades científicas o tecnológicas, y al derecho público los que además de las normas de derecho privado incluyen disposiciones especiales o poderes

exorbitantes como los contratos de obra pública, los de prestación de servicios públicos y los de una actividad que constituye monopolio estatal.

Sin embargo, a pesar de estas disposiciones, es claro también que hoy en día se habla de los contratos estatales o contratos administrativos, que son los que celebran las entidades de derecho público para la satisfacción de los intereses de los particulares, y para garantizar la continuidad de los servicios públicos. En este caso el juez que conoce de los conflictos que se susciten en torno al contrato estatal es el juez especializado o juez administrativo. Lo anterior conlleva la imperiosa necesidad de concluir que existe un criterio orgánico para determinar la existencia de un contrato estatal, y por tanto, la normatividad aplicable a éste. Ese criterio orgánico determina que el contrato es estatal y se somete a las leyes y jurisdicción especial, cuando una de las partes intervinientes es una entidad de derecho público.

Ahora bien, para entrar a hacer un análisis jurídico del contenido del artículo 20 de la ley 1150 de 2007, considero pertinente hacer un análisis del artículo 13 de la ley 80 de 1993, el cual dispone "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.

Los contratos celebrados en el exterior se podrán regir en su ejecución por las reglas del país donde se hayan suscrito, a menos que deban cumplirse en Colombia.

Los contratos que se celebren en Colombia y deban ejecutarse o cumplirse en el extranjero podrán someterse a la ley extranjera.

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 procedimiento de formación y adjudicación y cláusulas especiales de ejecución, cumplimiento, pago y ajustes" (Subraya fuera de texto, y que fue derogado por el artículo 32 de la ley 1150 de 2007).

La necesidad de tener esta regulación especial, se debe a que por razones de convivencia, cooperación y asistencia internacional, se requiere celebrar contratos con entidades de derecho internacional, los cuales tienen normas especiales de contratación o requisitos de procedimiento y ejecución de los contratos, que los hacen ser especiales, y que por tanto requieren de una regulación también especial; por este motivo, el legislador en la ley 80 de 1993, señaló que en tratándose de estos contratos, el país contratista se debe someter a los reglamentos de tales entidades, para facilitar la relación contractual, y que de esta manera las entidades de derecho internacional no se ven obligadas a someterse a las distintas legislaciones de los países con los que contratan, sino que puedan, precisamente tener la facultad de aplicar sus procedimientos y requisitos, facilitando también el control que alcancen a ejercer sobre la asistencia que brindan.

Sin embargo, pese a lo anterior, una lectura rápida y general del artículo 20 de la Ley 1150 de 2007, conllevaría a ciertas contradicciones, por ello, me permitiré hacer un análisis del citado artículo, de la siguiente manera:

El artículo 20 de la ley 1150 de 2007, refiere tres aspectos o modalidades de contratación con organismos internacionales:

1. Contratos o convenios financiados en un 50% o más por fondos de los organismos de Cooperación, asistencia o ayudas internacionales, pueden someterse a los reglamentos de tales entidades. Es decir que cuando se trate de financiar convenios o contratos con fondos de organismos de cooperación o ayuda internacional, se podrán

aplicar sus reglamentos; no se trata de contratos que se celebren directamente con las entidades de cooperación o asistencia internacional, sino de cuando estos organismos financian programas en otros países. Pero podría pensarse que cuando la financiación sea inferior al 50% se aplicará lo señalado en el estatuto de contratación pública.

2. Los contratos o convenios celebrados con personas extranjeras de derecho público u organismos de derecho internacional cuyo objeto sea el desarrollo de programas de promoción, prevención y atención en salud; contratos y convenios necesarios para la operación de la OIT; contratos y convenios que se ejecuten en desarrollo del sistema integrado de monitoreo de cultivos ilícitos; contratos y convenios para el desarrollo de programas de apoyo educativo a población desplazada y vulnerable adelantados por la UNESCO y la OIM; los contratos o convenios financiados con fondos de los organismos multilaterales de crédito y entes gubernamentales extranjeros, podrán someterse a los reglamentos de tales entidades.

En este inciso, se trata de contratos y convenios que se celebren con entidades internacionales o personas extranjeras de derecho público; no se trata de que tales entidades financian determinado convenio o contrato, sino que el contrato o convenio se celebra con ellas directamente para ejecutar un programa de los que la ley misma señala o de los que el ente de derecho internacional, o persona jurídica de derecho público, consagra en sus estatutos y hace parte de su objeto o actividad, y en el otro aspecto que consagra el inciso, se habla de convenios o contratos financiados con fondos multilaterales de crédito y entes gubernamentales extranjeros; ya no se habla de financiación que hagan las entidades internacionales de asistencia o ayuda, sino de fondos de crédito y entes gubernamentales extranjeros que den aportes para la ejecución de un programa de los señalados por la ley. Así mismo este inciso, la ley 1150 de 2007, no

señaló ningún porcentaje de aporte, sino que lo que se determina es que cuando una de las partes de la relación contractual es una persona extranjera de derecho público o un organismo internacional que desarrolle programas especiales o un organismo multilateral de crédito, tales convenios o contratos se pueden regir por los estatutos de dicha entidad. No se trata de financiamientos que hagan a la entidad nacional, sino de contratos que se celebran para aunar esfuerzos y ejecutar determinados programas en pro de la población.

3. En el párrafo primero del artículo 20: los contratos o acuerdos celebrados con personas extranjeras de derecho público, podrán someterse a las reglas de tales organismos.

En este párrafo se habla de que los contratos o acuerdos en general, que se celebren con personas extranjeras de derecho público, se podrán someter a las reglas de tales organismos; igualmente no se habla ya de contratos con objeto especial, sino que se trata, entonces, de cualquier contrato que se celebre con personas extranjeras de derecho público, lo que indudablemente nos ubica en que una de las partes de la relación contractual es calificada y tiene connotaciones especiales, como lo son las personas extranjeras de derecho público.

De una lectura general que se hace del artículo 20 de la ley 1150 de 2007, se observa claramente que el verbo "PODRAN" es el que orienta la aplicación o no de los reglamentos de las entidades de derecho internacional; ello implica, que la autonomía de las partes en la relación contractual, es la que determina la legislación aplicable; es decir, que el mismo legislador le transfirió a las personas de derecho público Nacional e internacional, la facultad de escoger por cuál legislación van a regular sus negocios jurídicos; no obliga, necesariamente a que se aplique ley 80 de 1993, y tampoco obliga a que se acuda a los reglamentos de la entidad; lo que en mi concepto se puede señalar, es que el artículo 20 de la ley 1150 de 2007,

hace del Estatuto de Contratación, la excepción; y de los reglamentos de cada entidad, la regla general pues lo que la misma ley permite es que se pueda acudir a los estatutos de la entidad, pero en ningún momento obliga a que se dé cumplimiento a la ley de contratación estatal.

Se puede concluir que lo que pretendía el legislador era que, del ejercicio de la autonomía que gobierna los contratos, en general, las partes sujeto de los contratos o convenios de que trata el artículo 20 de la ley 1150 de 2007, pudieran escoger el régimen legal con el cual se van a regular cada una de sus actuaciones; sin embargo, considero que dicha autonomía puede atentar contra el principio de transparencia que orienta la contratación estatal.

No basta solamente que el legislador tenga en cuenta la clase del sujeto contractual que participa en el contrato o convenio para determinar la ley aplicable, sino que se hace necesario tener en cuenta otros aspectos, para que se pueda señalar qué régimen legal se debe aplicar al ejecutar los recursos producto de esos contratos o convenios.

Es claro que para todos los convenios o contratos que se celebran con organismos internacionales, sea cual sea su denominación u objeto de actividad, implica que al país o persona jurídica de derecho público, le ingresen unos recursos que deben ejecutarse para satisfacer intereses generales, mejorar la prestación de servicios y, necesariamente, generar impactos en la comunidad.

Esa circunstancia de ingreso de dineros puede operar de dos maneras:

1. Que los dineros ingresen al presupuesto de la entidad con situación de fondos, o,
2. Que los dineros ingresen al presupuesto de la entidad sin situación de fondos,

Si los dineros ingresan a la entidad con situación de fondos, implica que el presupuesto mismo

de la entidad va a tener un ingreso adicional y consecuentemente una apropiación, y, por tanto cuando se rinda informe de la ejecución del presupuesto, se entenderá que el dinero que se recibió fue ejecutado directamente por la entidad, y toda la ejecución presupuestal se hace a través de contratos que se rigen por la ley 80 de 1993.

De otro lado, si los recursos ingresan al presupuesto de la entidad, sin situación de fondos, quiere decir que dentro del presupuesto de ésta, no va a existir ese ingreso y que por tanto no se va a hacer la apropiación correspondiente, y sería completamente factible que la ejecución de esos recursos se haga atendiendo las reglas del derecho privado, y se manejen a través de cuentas bancarias, como si un particular ejecutara esos dineros.

Si bien es cierto que la autonomía de las partes, permite que se aplique una u otra reglamentación, no puede desconocerse que hay otros aspectos que tienen implicación directa en la materia, y que deben tenerse en cuenta al momento de celebrar los contratos, y determinar qué legislación se debe aplicar. Uno de esos aspectos es el relacionado con la ejecución presupuestal y la manera como esos recursos ingresan en el presupuesto de cada entidad, sin embargo el legislador no tuvo en cuenta ninguno de estos aspectos, y simplemente se limitó a decir que cuando en un contrato exista una entidad internacional se podrán aplicar sus reglamentos o el estatuto de contratación. Al consagrar el verbo "podrán" dejó a disposición de los contratantes la facultad de aplicar determinado régimen legal en la contratación.

En ese orden de ideas, de la redacción del artículo 20 de la ley 1150 de 2007, es evidente que las partes contratantes, en tratándose de contratos celebrados con organismos internacionales, tienen la facultad, en desarrollo de la autonomía de las partes, de escoger el régimen legal que va a regir el contrato que se celebre; así las cosas, considero que de la

redacción del artículo no se puede concluir que únicamente cuando se aporte el 50% de los recursos del contrato, por parte del organismo internacional, se debe aplicar sus reglamentos, sino que de la voluntad de las partes, depende la ley a aplicar.

Sin embargo, en algunos pronunciamientos del Consejo de Estado, como en planteamientos de convenios o contratos que se celebren con organismos internacionales se debería tener en cuenta, en relación con los aportes que dé la entidad contratista, es decir, la entidad de derecho público de origen nacional, que dichos recursos deben ejecutarse de conformidad con nuestro estatuto de contratación y los recursos que aporten los organismos internacionales se deben ejecutar teniendo en cuenta sus propios reglamentos; este mecanismo daría aplicación al principio de transparencia que debe orientar los recursos del Estado que se ejecutan a través de la contratación estatal.

No obstante, en la práctica de las entidades estatales, es claro que cuando se celebran convenios o contratos con entidades u organismos internacionales, dichos convenios consagran cláusulas especiales a través de las cuales, señalan que la ejecución de los recursos se debe cumplir teniendo en cuenta los reglamentos de la entidad y esa es la práctica que hasta el momento se ha aplicado. Es evidente que sea cual sea el régimen legal que se aplique a este tipo de convenios o contratos, toda la contratación estatal debe regirse, por expreso mandamiento de la ley 1150 de 2007 en su artículo 13, por los principios generales de la actividad contractual para entidades no sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración pública; esto es, por los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal consagrados en los artículos 209 y 267 de la Constitución Política.

Desde mi punto de vista, considero que los contratos o convenios que se celebren con organismos internacionales deben regirse por los reglamentos de tales entidades, en la

ejecución de los dineros que ellas aporten, y, en la ejecución de los dineros que aporten las entidades nacionales de derecho público, debe aplicarse lo señalado en el Estatuto de Contratación, porque en vista de que la ley 80 de 1993, es una ley de principios, y consagra como principio la Transparencia, lógico sería que la ejecución de esos recursos se hiciera siguiendo los procedimientos de la contratación estatal, evitando así que se recurra a estos convenios o contratos para evadir la aplicación de el Estatuto de Contratación Estatal.

Además de lo anterior, y debido al impulso del legislador Colombiano de crear y derogar normas, surgió el 7 de julio de los corrientes, el Decreto 2474 de 2008, normatividad que derogó el decreto 066 de enero de 2008, y en su lugar reglamentó la ley 1150 de 2007; el referido decreto, por gozar de presunción de legalidad, desarrolla ciertos aspectos que deberían regularse mediante ley, y revive figuras de la contratación estatal que en orden a la legalidad deben agotar el procedimiento de ley y no de decreto.

Así, el artículo 85 del Decreto 2474 de 2008, señala que los contratos o convenios financiados en su totalidad o en sumas iguales o superiores al 50% con fondos de los organismos de cooperación, asistencia o ayudas internacionales, podrán someterse a los reglamentos de tales entidades, y, en caso contrario los contratos o convenios que se celebren con recursos públicos de origen nacional se someterán a lo referido en el estatuto de contratación; señala también que los contratos o convenios financiados con fondos de los organismos multilaterales de crédito, entes gubernamentales extranjeros o personas extranjeras de derecho público, así como los del inciso segundo del artículo 20 de la ley 1150 de 2007, se ejecutarán de conformidad con los tratados internacionales, y consagra una novedad en materia de dichos contratos, estableciendo que los contratos que se celebren bajo esta modalidad deben tener en cuenta que el objeto del convenio o contrato, tenga relación

directa con el objeto del organismo internacional, evitando, de esta manera, que las entidades estatales de carácter nacional, acudieran a este tipo de convenios para eludir el régimen de contratación estatal y los procedimientos que le son propios.

Son importantes las novedades que se están consagrando al señalar que los convenios o contratos se regirán por las normas de los tratados internacionales, y que se pueden celebrar contratos o convenios, siempre y cuando se relacionen con el objeto de la entidad internacional. El hecho de consagrar, de manera expresa que se acudirá a los tratados internacionales implica el reconocimiento de lo que en derecho romano se conocía como el Derecho de Gentes, que regulaba las relaciones de Derecho Internacional; y resulta muy coherente que se dé aplicación a esta legislación, pues eso implica el reconocimiento del Derecho Internacional, y la especialidad que éste mismo reporta.

Teniendo en cuenta lo esbozado anteriormente, considero que existen dos posibilidades de negocios jurídicos con los organismos internacionales, uno cuando se trata de convenios o contratos que son financiados por organismos internacionales y otro cuando se trata de contratos que se celebran con organismos internacionales; los primeros tienen una diferencia cuando el aporte del organismo internacional es del 50% o más y cuando es por menor valor; cuando es del 50% o más, se deben regir, en su ejecución, por los

reglamentos del organismo internacional. Lo anterior por cuanto el organismo internacional aporta en mayor porcentaje, y para poder un mejor control en la ejecución de recursos, debe hacerlo aplicando sus propios reglamentos; en cambio cuando se trata de contratos que se celebran con entidades de derecho público internacional se deben aplicar los procedimientos señalados por dichas entidades, en tanto no contravengan los principios de moralidad, eficiencia y eficacia que orientan la actividad administrativa; esto por cuanto no se podría pensar en que los recursos aportados por las entidades Nacionales de Derecho Público se ejecutaran con las reglas del estatuto de contratación, y los recursos del organismo internacional con los procedimientos propios, porque ello podría llevar también a los fraccionamientos de contratos y eludir procedimientos contractuales; de la misma manera, considero que el hecho de aplicar en desarrollo de los contratos y convenios la legislación internacional, y los reglamentos de cada entidad internacional, es otorgar un reconocimiento al Derecho Internacional, y reconocer, que a pesar de la soberanía de cada Estado, es factible el reconocimiento de la legislación internacional, y que lo importante es que a través de estos convenios y contratos que el estatuto de contratación permite celebrar, no se eluda la contratación pública, ni se busque una administración de los recursos propios de las Entidades del orden Nacional, sino que de verdad se cumpla con los principios de cooperación y asistencia para los que fueron creados.

Referencias Bibliográficas

TAPIAS PERDIGÓN, Camilo. Aspectos Prácticos de la Contratación Pública. Camilo Tapias Perdigón. Bogotá, 2001.

PALACIO HINCAPIÉ, Juan Ángel. La Contratación de las Entidades Estatales. Juan Ángel Palacio Hincapié. Bogotá, 2002