

CONTRATO ESTATAL - Normatividad aplicable / CONTRATO DE CRÉDITO CONCESIONAL - Régimen aplicable / LICITACIÓN RESTRINGIDA - Procedencia para adquirir bienes y servicios de gobierno extranjero. Requisitos. Marco legal

NOTA DE RELATORÍA: El concepto en dos capítulos desarrolla diversos aspectos de orden legal que comprenden el contrato estatal y el contrato de crédito condicional.

1) Normatividad aplicable a los contratos estatales: 1.1) Régimen contractual general de las entidades estatales. 1.2) Naturaleza de las disposiciones aplicables. 1.3) Disposiciones específicas de la ley 80 para la celebración y ejecución de algunos contratos. 1.3.1) Respecto de los contratos estatales celebrados en el exterior. 1.3.2) Respecto de los contratos celebrados en Colombia. 1.3.3) Reglas especiales aplicables a los contratos celebrados con determinadas personas jurídicas extranjeras. a) Por el origen de la financiación y b) Por la calidad del contratista. 1.3.4) Límites. 1.3.5) Respecto de los contratos de empréstito. 2) Contratos de crédito concesional. 2.1) Noción general. 2.2) Proyecto de ley. 2.3) Otros aspectos generales respecto de los créditos concesionales. 2.3.1) Créditos concesionales bilaterales. Legislación comparada. 2.3.1.1) Créditos concesionales en la ley Española. Noción. 2.3.1.2) Condiciones. 2.3.1.3) Características. 2.3.1.4) Fuente y documentación. 2.3.1.5) Importancia. 2.3.1.6) Esquema de riesgos de esta modalidad de financiación de gasto público.

CONTRATO DE CRÉDITO CONCESIONAL - Concepto. Marco legal

En la legislación colombiana no existe una definición de crédito concesional, pero lo que resulta absolutamente evidente es que se trata simplemente de una modalidad especial de ellos y, por lo mismo, estarán sometidos, desde el punto de vista de la reglamentación nacional, a las mismas normas y autorizaciones concedidas por la ley 80 antes mencionadas. El Acuerdo Stand-by celebrado por Colombia con el FMI de 2002 - diciembre 2 - prevé que "Un préstamo (otorgado por un organismo multilateral de crédito) será considerado concesional si tiene al menos una subvención de 35 por ciento en el momento de la aprobación del préstamo, utilizando la tasa de interés comercial de referencia (TICR) como tasa de descuento." Puede afirmarse, entonces, que el gobierno nacional ha aceptado tal denominación para aquellos contratos de empréstito fuertemente subvencionados (en más de una tercera parte), esto es, otorgados en condiciones muy ventajosas y convenientes para el país.

CONTRATO DE CRÉDITO CONCESIONAL - Régimen aplicable en virtud de cooperación o de gobierno a gobierno / EMPRÉSTITOS BILATERALES - De gobierno a gobierno. Documento CONPES

Si bien es cierto que, el contrato de crédito concesional que se hace en desarrollo de un convenio internacional de cooperación con personas extranjeras de derecho público es una especie de contrato de financiamiento o de empréstito y, por lo tanto, el Gobierno está expresamente autorizado por el artículo 13 de la ley 80 de 1993 para contratar bajo las condiciones que establezca el país prestatario, también lo es que, en primer lugar, se trata de una facultad y no de una obligación; y, en segundo lugar, que en su ejercicio, el Gobierno está en la obligación de analizar previamente los riesgos que se deriven de este tipo de operaciones, para luego tener en cuenta la orientación legal general de no condicionamiento (cuando es posible) y el alcance y fines de la cooperación que se presta. En lo atinente a los créditos concesionales de gobierno a gobierno, el documento CONPES que fije los lineamientos de la política para la contratación y ejecución de empréstitos

bilaterales bajo la modalidad mencionada, se convierte en el primer paso para diseñar apropiadamente la política que el país deberá seguir para la negociación de los documentos fuente - tratados y convenios de cooperación económica - que contemplen créditos bajo esta modalidad, como de los contratos que de estos se deriven.

LICITACIÓN RESTRINGIDA - Procedencia para adquirir bienes o servicios de país otorgante de crédito concesional. Marco legal / CONTRATO DE CRÉDITO CONCESIONAL - Procedencia para adquirir bienes o servicios del país otorgante del crédito. Normas que rigen la contratación / CONTRATO ESTATAL - Normas que rigen celebración de contrato de crédito concesional. Procedencia de licitación restringida

Conforme a las consideraciones antes expuestas, resulta jurídicamente viable realizar licitaciones restringidas en las cuales participen solamente oferentes del país otorgante del crédito concesional, esto es, para adquirir bienes y/o servicios de origen del país otorgante de dicho crédito. Con todo, por mandato legal, el gobierno nacional debe buscar que no se exija el empleo o la adquisición de bienes o la prestación de servicios de procedencia extranjera específica, o que a ello se condicione el otorgamiento. Si legalmente se celebran en el exterior, se regirán por la ley extranjera; pero su ejecución en Colombia, se rige por la ley colombiana. El artículo 13 de la ley 80 de 1993 faculta a las entidades públicas para acordar que el contrato celebrado con personas extranjeras de derecho público u organismos de cooperación, asistencia o ayuda - se rijan por los reglamentos de tales entidades u organismos en lo atinente a los procedimientos de formación, adjudicación, cláusulas especiales de ejecución, cumplimiento, pago y ajustes. Los incisos 2°, 3° y 4° del artículo 13 de la ley 80 de 1993 son normas de Derecho Internacional de solución de conflictos que otorgan a los contratantes facultades excepcionales para resolver eventuales problemas sobre la aplicabilidad de normas de diferentes Estados en los asuntos allí señalados, que, con independencia de su naturaleza privada o pública son de aplicación restrictiva. En consecuencia, la regla especial prevista en el inciso 4° que concede facultad excepcional a las entidades estatales para sustraerse de la aplicación nacional y reemplazarla por el reglamento del organismo internacional de que se trate, no puede extenderse a sujetos distintos de organismos multilaterales, personas jurídicas extranjeras de derecho público y organismos internacionales especiales (de cooperación, asistencia o ayuda). La estipulación en un contrato de crédito concesional en la que se prevea la condición de entrega y destinación de recursos por el Gobierno prestamista para ser destinada a la compra de bienes y servicios originados en el país prestamista, se encuentra autorizada por la ley 80 de 1993 y, por tanto, no implica violación del régimen legal colombiano. Si se considera desfavorable, sencillamente debe procurarse la supresión de la condición o abstenerse de hacer uso de la cooperación o del empréstito.

NOTA DE RELATORÍA: Autorizada la publicación con oficio 12256 de 17 de abril de 2004.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero ponente: FLAVIO AUGUSTO RODRÍGUEZ ARCE

Bogotá D.C., veintinueve (29) de enero de dos mil cuatro (2004)

Radicación número: 1531

Actor: MINISTRO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO

Referencia: Créditos concesionales bilaterales. Alcance del artículo 13 de la ley 80 de 1993.

El señor Ministro de Hacienda y Crédito Público formula a la Sala los siguientes interrogantes:

“1.- ¿Es posible que las entidades públicas colombianas realicen licitaciones restringidas, entendidas como aquéllas en las cuales sólo pueden participar como proponentes los residentes de un país específico, en el contexto de la ejecución de créditos bilaterales y de conformidad con lo establecido en los artículos 13, 21 y 40 de la ley 80 de 1993?

En otros términos, ¿jurídicamente es viable adquirir bienes o servicios, mediante la realización de un proceso de selección restringido a dichos bienes o servicios de origen del país otorgante del crédito concesional?

2.- ¿Cuál es el alcance del artículo 13 de la ley 80 de 1993, teniendo en cuenta los principios de selección y contratación objetiva de la citada ley, en los eventos en los cuales un contrato de empréstito-concesional incluya la exigencia del prestamista (mediante cláusula) de adquirir productos de origen de su país y de acogerse el prestatario 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?

3.- ¿Puede ser considerado el artículo 13 de la ley 80 de 1993, como una norma de Derecho Internacional Privado, para efectos de determinar la colisión en la interpretación de la normativa aplicable a contratos comerciales que el Estado Colombiano suscriba con nacionales (particulares) del gobierno que provee la financiación otorgada mediante el crédito concesional? O si por el contrario, ésta es una norma de interpretación restrictiva para todos los efectos del inciso 4° del citado artículo?

4.- ¿Se presenta violación al régimen legal colombiano, en materia de competencia, transparencia y selección objetiva, en el evento de estipularse en un crédito concesional, por medio de una cláusula - la condición por la cual la entrega y destinación de los recursos por parte del Gobierno prestamista al gobierno prestatario, sea destinada a la compra de bienes y servicios originarios del país que otorga el crédito?”

Al efecto precisa que la Subdirección de Crédito del Departamento Nacional de Planeación está elaborando un documento CONPES para fijar los lineamientos de política para la contratación y ejecución de empréstitos bilaterales; la utilización de esta fuente de financiación ha sido baja por cuanto, por lo general,

el financiamiento bilateral está atado a la compra de bienes y servicios del país oferente, lo que implica un proceso de selección restringido; el actual Gobierno tiene interés en utilizar este tipo de fuente, por cuanto sus condiciones financieras son más favorables que las de la banca multilateral y comercial y porque es afín al nuevo memorando de entendimiento firmado por Colombia con el Fondo Monetario Internacional; en la actualidad se tienen ofrecimientos bilaterales de países como España, Corea, China y Japón.

Se hace referencia a los artículos 13, 21 y 40 de la ley 80 y 33 y 34 del decreto 2681 de 1993 y se resalta cómo éste último consagra que en los contratos de empréstito o en cualquier otra forma de financiación que se contrate con organismos multilaterales, se podrán incluir las previsiones y particularidades contempladas en los reglamentos de tales entidades, que no sean contrarias a la Constitución Política o a la ley.

Destaca además el contenido del inciso cuarto del artículo 13 de la ley 80 para precisar que “El primer supuesto se refiere taxativamente a contratos financiados con fondos de organismos multilaterales lo cual lleva a concluir, que ellos no comprenden los créditos bilaterales-concesionales. El segundo caso corresponde a los ‘contratos celebrados con personas extranjeras de derecho público’ dentro de las cuales se encuentran los gobiernos extranjeros. En este sentido, los contratos de suministro o prestación de servicios se suscriben con este tipo de entidades (gobierno extranjeros), - situación que es regulada por la norma en comento - ; la contratación **con particulares residentes o nacionales de los países cuyos gobiernos proveen la financiación**, no está comprendida en el segundo supuesto.” (El resaltado es del texto)

Y agrega:

“La norma en estudio establece la posibilidad de exceptuar algunos aspectos del régimen ordinario de contratación pública, referida a los acuerdos suscritos con personas extranjeras de derecho público, organismos de cooperación, asistencia o ayuda internacional, al reconocer que dichas entidades pueden estar sujetas a la normatividad externa o interna exigida para el cumplimiento de determinados requisitos en la formación de los contratos o la ejecución de los mismos, entre otros aspectos.

En este último evento, lo que se está permitiendo es la posibilidad de incorporar cláusulas relativas a la formación, ejecución, cumplimiento, pago y ajustes, las cuales corresponden a situaciones posteriores a la adjudicación.”

Luego de transcribir los artículos 40 de la ley 80 y 33 del decreto 2681, hace referencia al artículo 21 de la ley en cita, relativo al tratamiento y preferencias de las ofertas nacionales y anota:

“Como se observa, en este caso la norma se refiere exclusivamente a los contratos relacionados con la financiación proveniente de **organismos multilaterales**, con lo cual se verifica que el alcance de este tipo de excepciones tiene una dimensión diferente, dependiendo de la naturaleza de la entidad. Es posible que algunas de las excepciones contempladas en el referido artículo 13, sólo sean aplicables a los contratos suscritos

con entidades de naturaleza multilateral y no con personas de carácter privado.

En este sentido, pensamos que la celebración de licitaciones restringidas no puede encontrar fundamento en la excepción de que trata el inciso cuarto (art. 13 inciso 4° ley 80 de 1993) anteriormente citado, en razón de la naturaleza de la entidad contratante. En conclusión, debe estudiarse si la incorporación de una cláusula que restrinja la licitación a los residentes de un determinado país, se enmarca dentro de las excepciones taxativamente autorizadas por la norma.”

Finalmente manifiesta, en forma expresa, que el propósito de la consulta es determinar si tratándose de créditos concesionales bilaterales (de gobierno a gobierno) desde el punto del vista del ordenamiento jurídico interno, es viable que la realización de los respectivos procesos de selección, se restrinja a los bienes o servicios de origen del país otorgante del crédito concesional.

En orden a absolver la consulta formulada, la Sala estima necesario el desarrollo de los siguientes temas:

1. Normatividad aplicable a los contratos estatales:
 - 1.1.- Régimen contractual general de las entidades estatales.
 - 1.2. Naturaleza de las disposiciones aplicables.
 - 1.3. Disposiciones específicas de la ley 80 para la celebración y ejecución de algunos contratos.
 - 1.3.1. Respecto de los contratos estatales celebrados en el exterior
 - 1.3.2. Respecto de los contratos celebrados en Colombia
 - 1.3.3. Reglas especiales aplicables a los contratos celebrados con determinadas personas jurídicas extranjeras.
 - a) Por el origen de la financiación
 - b) Por la calidad del contratista
 - 1.3.4. Limites.
 - 1.3.5. Respecto de los contratos de empréstito.
2. Contratos de crédito concesional.
 - 2.1. Noción general.
 - 2.2. Proyecto de ley
 - 2.3. Otros aspectos generales respecto de los créditos concesionales.
 - 2.3.1. Créditos concesionales bilaterales - legislación comparada.
 - 2.3.1.1. Créditos concesionales en la ley Española.- Noción
 - 2.3.1.2. Condiciones.
 - 2.3.1.3. Características
 - 2.3.1.4. Fuente y documentación.
 - 2.3.1.5. Importancia
 - 2.3.1.6. Esquema de riesgos de esta modalidad de financiación de gasto público.
3. Conclusión. Régimen aplicable a los contratos de créditos concesionales.

Desarrollo

1.- Normatividad aplicable a los contratos estatales. La composición, naturaleza y contenido de las normas que regulan o que les son aplicables a los contratos estatales es muy compleja razón por la cual, antes de absolver la consulta planteada, la Sala estima conveniente hacer las siguientes breves precisiones:

1.1.- Régimen contractual general de las entidades estatales - La actividad contractual de las entidades estatales por disposición constitucional se encuentra sujeta al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (art. 150 in fine) y a la ley Orgánica de Presupuesto, norma ésta que regula la capacidad - competencia - de los organismos y entidades estatales para contratar (art. 352).

El Estatuto General, expedido mediante la ley 80 de 1993 - sin perjuicio de las disposiciones especiales y de los tratados internacionales incorporados al derecho interno -, contiene las reglas y principios que rigen los contratos que celebren las entidades estatales (arts. 1º y 2º) ¹.

1.2.- Naturaleza de las disposiciones aplicables.- Los artículos 13 y 40 de la ley 80 remiten a la legislación civil y comercial para establecer la regulación de los contratos conforme al derecho privado y, por tanto, tales serán las normas que rijan el modo de cumplimiento de sus obligaciones y el alcance prestacional de las mismas, de acuerdo a su contenido y a su esencia y naturaleza (art. 40), sin perjuicio de la autonomía de la voluntad.

Sin embargo, la aplicación de las disposiciones comerciales y civiles no es absoluta, en tanto el propio estatuto prevé algunas reglamentaciones típicamente administrativas que son de forzoso acatamiento como, por ejemplo, las relacionadas con los principios de economía, transparencia y las relativas a los mecanismos de selección objetiva de los contratistas en condiciones de igualdad, publicidad e imparcialidad (arts. 23 y 24), los poderes excepcionales de la administración para interpretar, modificar, terminar o liquidar unilateralmente el contrato o la potestad de declarar la caducidad (art. 14), la regulación de algunos contratos en particular (art. 32) y otras muchas materias previstas expresamente en la ley.

1.3.- Disposiciones específicas de la ley 80 para la celebración y ejecución de algunos contratos.-

En el articulado de esta ley se encuentran determinadas previsiones especiales relacionadas con algunos contratos en particular. Dentro de

¹ Ley 489/98: “Art. 81. **Régimen de los actos y contratos.** (...) Los contratos que celebren los establecimientos públicos se rigen por las normas del Estatuto contractual de las entidades estatales contenido en la Ley 80 de 1993 y las disposiciones que lo complementen, adicionen o modifiquen, sin perjuicio de lo dispuesto en las normas especiales ; Art. 93. **Régimen de los actos y contratos.** Los actos que expidan las empresas industriales y comerciales del Estado para el desarrollo de su actividad propia, industrial o comercial o de gestión económica se sujetarán a las disposiciones del Derecho Privado. Los contratos que celebren para el cumplimiento de su objeto se sujetarán a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de las entidades estatales; Art. 94. **Asociación de las empresas industriales y comerciales del Estado.** (...) 4. **Régimen jurídico.** El funcionamiento y en general el régimen jurídico de los actos, contratos, servidores y las relaciones con terceros se sujetarán a las disposiciones del derecho privado, en especial las propias de las empresas y sociedades previstas en el Código de Comercio y legislación complementaria; **Cap. XVI. Ejercicio de funciones administrativas por particulares.** Art. 111. **Requisitos y procedimientos de los actos administrativos y convenios para conferir funciones administrativas a particulares** (...) 112. **Régimen jurídico de los actos y contratos.** (...) Igualmente si se celebran contratos por cuenta de las entidades privadas, los mismos se sujetarán a las normas de contratación de las entidades estatales. ”

tales normas y en cuanto interesa a la consulta formulada, el estatuto general de contratación consagra algunas reglas específicas, entre ellas las contenidas en los artículos 13, 21 y 40, los cuales prescriben:

“Artículo 13. DE LA NORMATIVIDAD APLICABLE A LOS CONTRATOS ESTATALES. Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2º 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 en 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 procedimientos de formación y adjudicación y cláusulas especiales de ejecución, cumplimiento, pago y ajustes”.

“Artículo 21. DEL TRATAMIENTO Y PREFERENCIA DE LAS OFERTAS NACIONALES. Las entidades estatales garantizarán la participación de los oferentes de bienes y servicios de origen nacional, en condiciones competitivas de calidad, oportunidad y precio, sin perjuicio del procedimiento de selección objetiva que se utilice y siempre y cuando exista oferta de origen nacional.

“Cuando se trate de proyectos de inversión se dispondrá la desagregación tecnológica.

En los contratos de empréstito y demás formas de financiamiento, distintos de los créditos de proveedores, se buscará que no se exija el empleo o la adquisición de bienes o la prestación de servicios de procedencia extranjera específica, o que a ello se condicione el otorgamiento. Así mismo, se buscará incorporar condiciones que garanticen la participación de oferentes de bienes y servicios de origen nacional.

En igualdad de condiciones para contratar, se preferirá la oferta de bienes y servicios de origen nacional.

“(…)”

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

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

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

En los contratos de empréstito o cualquier otra forma de financiación de organismos multilaterales, podrán incluirse las previsiones y particularidades contempladas en los reglamentos de tales entidades, que no sean contrarias a la Constitución o a la ley.

PARÁGRAFO. En los contratos que celebren las entidades estatales se podrá pactar el pago anticipado y la entrega de anticipos, pero su monto no podrá exceder del cincuenta por ciento (50%) del valor del respectivo contrato.

Los contratos no podrán adicionarse en más del cincuenta por ciento (50%) de su valor inicial, expresado éste en salarios mínimos legales mensuales." (Las negrillas son de la Sala)

En síntesis, las disposiciones transcritas disponen que:

1.3.1. Respecto de los contratos estatales celebrados en el exterior.-

Por lo general, la contratación del Estado y de las entidades estatales se sujetan a la legislación colombiana indicada en el inciso 1º del artículo 13 y en el inciso 1º del artículo 40 de la ley 80 de 1993 y normas concordantes, porque dichas entidades, por su carácter estatal - incluidas las territoriales - suelen celebrar sus contratos en Colombia para lograr mejor los fines del Estado, razón por la cual dichos actos se encuentran sometidos al régimen jurídico colombiano (arts. 1º, 2º y 4º de la C. P.).

Sin embargo, la ley prevé la eventualidad de que una entidad de las sometidas al estatuto de contratación estatal, requiera la celebración de alguno o algunos de sus contratos en el extranjero. Cuando ello ocurra, la ley autoriza explícitamente la posibilidad de que se de aplicación a la ley extranjera, cuando el contrato también se ejecuta en el extranjero (art. 13, inc. 2º); pero si se celebra en el exterior y se ejecuta en Colombia, la celebración se regula por la ley extranjera, pero la ejecución por la colombiana (arts. 13 ibídem ley 80 y 865 C. Co.).

1.3.2. Respecto de los contratos celebrados en Colombia.-

Si estos contratos también se ejecutan en Colombia, se rigen integralmente por la ley colombiana (art.13, inc. 1º), pero si deben

ejecutarse en el extranjero, ambos aspectos pueden someterse en el contrato a la ley extranjera (art. 13, inc.2º) o, en su defecto (a falta de pacto expreso), se rigen en parte por la ley colombiana (en cuanto a la celebración) y en parte por la extranjera (en cuanto a su ejecución).

1.3.3. Reglas especiales aplicables a los contratos celebrados con determinadas personas jurídicas extranjeras-.

En virtud de disposición expresa se autoriza a las entidades estatales colombianas para someter el contrato estatal a celebrarse a las normas contenidas en los reglamentos de entidades extranjeras en cuanto a los procedimientos de formación y adjudicación, y a las cláusulas, sobre ejecución, cumplimiento, pago y ajustes (arts. 13, 21 y 40)

Esta especial facultad encuentra **su fundamento** en la necesidad y el deber que tiene el Estado Colombiano (art. 9º de la C. P.) y, por su conducto, las entidades estatales, de incorporarse al concierto de la contratación internacional para aprovechar todos sus recursos y disponibilidades financieras y tecnológicas, pero dentro de la regulación general prevista para todos los Estados usuarios, que por su generalidad y espíritu de cooperación y solidaridad internacional, son uniformemente más favorables y benéficas, lo cual suele encontrarse recogido en los llamados “reglamentos”.

Sin embargo, esta facultad o especial autorización se encuentra limitada claramente a los siguientes grupos de contratos, en los cuales resulta determinante la calidad del cocontratante y el origen de los fondos de financiamiento:

a) Por el origen de la financiación: a cualquiera clase de contratos **financiados** con fondos de los organismos multilaterales de crédito.

b) Por la calidad del contratista: a los contratos **celebrados** con personas extranjeras de derecho público u organismos de cooperación, asistencia o ayuda internacionales, independientemente de la clase de contrato de que se trate; de este modo, los contratos celebrados con personas extranjeras de derecho público, pueden comprender toda clase de contratos, entre ellos los de empréstito o financiamiento, suministro, compraventa, prestación de servicios, agencia para contratación, mandato, obra pública, etc., **pues lo que determina la normatividad aplicable –se reitera- es la calidad del sujeto cocontratante. En consecuencia, es claro, que esta facultad no es aplicable ni puede extenderse a los contratos celebrados con entidades extranjeras de derecho privado.**

En igual sentido, los contratos que se celebren con organismos de cooperación, asistencia o ayuda internacional también pueden ser de diversas clases siempre que, desde luego, se enmarquen dentro de los fines de cooperación, asistencia o ayuda, tales como los de prestación de servicios, donaciones, comodatos etc.

1.3.4. Límites. La mencionada autorización o facultad encuentra otros límites naturales, como son:

a) Orden público en la ley 80.- Esta limitación se encuentra consagrada en forma general cuando exceptúa de la aplicación del régimen privado “las materias particularmente previstas en esta ley” (art.13, inc. 1º), y en forma particular en el artículo 40, al exigir que no se viole la Constitución o la ley.

De allí que en contra de este Orden Público tampoco se aplica el régimen de excepción en el campo internacional. Por consiguiente, cuando se hayan de aplicar los reglamentos de las entidades extranjeras en los casos específicamente autorizados por la norma, deben respetarse todas aquellas disposiciones internas que respondan al concepto de orden público de trascendencia internacional. Así, por ejemplo, tienen esta trascendencia las normas que señalan quienes son “entidades estatales”, porque se trata de un reconocimiento jurídico del sujeto de manera general, en lo nacional e internacional.

b) Provenientes de los convenios internacionales.- Así mismo, existiendo convenios internacionales, especialmente los de financiación o de cooperación, también se hace indispensable tener en cuenta sus limitaciones, restricciones o prohibiciones, pues al haber sido suscritos y aprobados por Colombia, tienen una jerarquía normativa superior a la ley común (arts. 189, num.2, 224 y ss., 150, num. 14 de la C. P.), como la ley 80 de 1993 y, desde luego, a la facultad contractual derivada de ésta.

Por lo tanto, también deberá ser confrontado el contrato a celebrarse con el convenio de cooperación internacional que se desarrolla, el cual puede contener algunos límites no sólo por la materia, que por lo general es especializada (educativa, social, etc.), sino con otro tipo de regulaciones (como las fiscales, aduaneras).

c) Orden Público Constitucional.- Además, se hace indispensable confrontar el contrato materia de la financiación y la ley aplicable con la normatividad constitucional, la que si bien es cierto admite la libertad contractual del Estado, también contiene normas de orden público que deben ser tenidas en cuenta, como las que reconocen a Colombia como un Estado Social de Derecho constituido como República Unitaria.

1.3.5. Respetto de los contratos de empréstito.

De conformidad con el numeral 1º del artículo 24 de la ley 80 de 1993,

“La escogencia del contratista se efectuará siempre a través de licitación o concursos públicos, salvo en los siguientes casos en los que se podrá contratar directamente:

- “a) (...)
- “b) Empréstitos
- “c) (...).”

La excepción señalada tiene un fundamento claro toda vez que la entidad que busca un empréstito o crédito no puede pretender que

las entidades financieras, nacionales o internacionales, públicas o privadas, tengan que someterse a unas reglas señaladas por el estatuto interno colombiano a fin de otorgar el crédito correspondiente.

Tal excepción, además, se complementa con la disposición del artículo 21, inciso tercero de la ley antes transcrito, en cuya virtud se reconoce que cuando el país o una de sus entidades está buscando crédito, puede verse sometida a algunos condicionamientos o exigencias de la entidad prestamista y, por ello, recomienda a la entidad solicitante del crédito que busque en lo posible que no se exija el empleo o la adquisición de bienes y servicios de procedencia extranjera específica, o que a ello se condicione el otorgamiento y, en consecuencia, sugiere la norma que quien tramite el empréstito procure incorporar condiciones en el respectivo contrato que garanticen la participación de oferentes de bienes y servicios de origen nacional o que otorguen mejor calificación a los extranjeros que incorporen mayor número de recursos humanos nacionales, mayor componente nacional y mejores condiciones para la transferencia tecnológica.

De esta forma resulta claro que desde la expedición de la ley 80 (y aún desde el estatuto anterior) se reconoce la existencia de estas eventuales circunstancias y se autorizó explícitamente a la entidad estatal respectiva para tomar la decisión de recibir el crédito aún con tales condicionamientos.

Corresponderá, entonces, en cada caso, al representante legal de la entidad decidir acerca de la conveniencia y oportunidad de tales determinaciones, para lo cual resulta natural el análisis cuidadoso de las ventajas y desventajas que para la entidad y el país representa tal crédito en dichas condiciones.

2.- Contratos de crédito concesional.

2.1 Noción general

En la legislación colombiana no existe una definición de crédito concesional, pero lo que resulta absolutamente evidente es que se trata simplemente de una modalidad especial de ellos y, por lo mismo, estarán sometidos, desde el punto de vista de la reglamentación nacional, a las mismas normas y autorizaciones concedidas por la ley 80 antes mencionadas.

El Acuerdo Stand-by celebrado por Colombia con el FMI de 2002 - diciembre 2 - prevé que “Un préstamo (*otorgado por un organismo multilateral de crédito*) será considerado concesional si tiene al menos una subvención de 35 por ciento en el momento de la aprobación del préstamo, utilizando la tasa de interés comercial de referencia (TICR) como tasa de descuento.”

Puede afirmarse, entonces, que el gobierno nacional ha aceptado tal denominación para aquellos contratos de empréstito fuertemente subvencionados (en más de una tercera parte), esto es, otorgados en condiciones muy ventajosas y convenientes para el país.

En la consulta se indaga por la posibilidad de celebrar contratos concesionales bilaterales, esto es, celebrados no con organismos multilaterales de crédito, sino de gobierno a gobierno, en los cuales se condicione el otorgamiento del crédito a la compra de los bienes y servicios en el país otorgante del crédito. En esencia, tales contratos conceden créditos para adquisición de bienes del país de origen y tienen **una función financiadora de esa adquisición**.

Como se mencionó, las entidades estatales están autorizadas por la ley 80 de 1.993 para celebrar contratos de empréstito o crédito sin sometimiento a las formalidades señaladas en la misma ley y, además, para aceptar, eventualmente, condicionamientos de los créditos que llegaran a imponer la obligación de comprar bienes y servicios de procedencia específica extranjera. Por ello, no aparece ninguna limitación legal que impida la celebración de esta especial modalidad de empréstito, pues si se acepta la definición plasmada en el Acuerdo con el Fondo Monetario Internacional, ella implica condiciones económicas muy favorables para el país.

Del mismo modo, el artículo 33 del decreto reglamentario número 2681 de 1.993² dispone:

“Cuando se vayan a adquirir bienes o servicios para los cuales la entidad estatal proyecte obtener financiación, dicha adquisición de bienes o servicios se someterá al procedimiento y requisitos establecidos para el efecto por la Ley 80 de 1993 y el empréstito respectivo, a lo establecido en el presente Decreto.

En los contratos de empréstito y demás formas de financiamiento, distintos de los créditos de proveedores y de aquellos que sean resultado de una licitación, se buscará que no se exija el empleo, la adquisición de bienes o la prestación de servicios de procedencia extranjera específica o que a ello se condicione el otorgamiento del empréstito. Así mismo, se buscará incorporar condiciones que garanticen la participación de oferentes de bienes y servicios de origen nacional.

Cuando se trate de los contratos regulados por reglamentos de entidades de derecho público internacional de que trata el artículo 39 del presente Decreto, se buscará la utilización de procedimientos que aseguren la libre competencia y la aplicación de los principios de economía, transparencia y selección objetiva, contenidos en la Ley 80 de 1993.

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público para pronunciarse sobre las autorizaciones que le correspondan, evaluará que se haya dado aplicación a lo dispuesto en este artículo y tendrá en cuenta para tal efecto la justificación que sobre el particular presente la entidad.” (Subrayas de la Sala)

La anterior reglamentación, entonces, resulta plenamente aplicable a los contratos de empréstito, incluyendo aquellos que se contraten bajo la modalidad concesional, en los cuales se reconoce que aunque el poder de negociación, cuando de financiamiento se trata, no está precisamente radicado en cabeza del Gobierno receptor de los recursos, éste debe procurar alcanzar las condiciones

² El régimen general del reglamento dispone que la adquisición de bienes o servicios se someterá al procedimiento y requisitos establecidos en la ley 80 de 1993 - la cual a su vez remite a los reglamentos de tales personas extranjeras de derecho público -, al empréstito respectivo y al decreto reglamento 2681.

de competitividad más favorables para obtener el respectivo crédito y así determinar la conveniencia y oportunidad de la operación que se pretende realizar.

Sin embargo, la Sala resalta la necesidad de que, como en cualquier modalidad de empréstito que se contrate, es deber de la autoridad respectiva analizar muy detalladamente las condiciones o exigencias, pues si bien puede ser que aparentemente el crédito se otorgue en condiciones ventajosas, bien puede ocurrir que la obligación de comprar determinados bienes y servicios hagan que el precio al cual se deben adquirir tales bienes y servicios se encuentre por fuera del precio del mercado general internacional, o los bienes no respondan a las mejores tecnologías. Todos ellos son factores que deben ser expresamente valorados a fin de determinar la real conveniencia de la contratación del empréstito condicionado.

Por lo demás, estima la Sala conveniente llamar la atención sobre este tipo de negociaciones, pues si bien el resultado del balance objetivo entre el costo del crédito y del precio de los bienes y servicios puede ser económicamente favorable, podría por ese camino afectarse en materia grave la industria nacional de bienes y servicios, generando, además, un efecto social interno grave, de grandes proporciones, pues se cercenaría el impulso de la economía que a través de las compras internas se ha venido realizando de tiempo atrás. De esta manera, resulta claro que un método o sistema de promocionar y apoyar la industria de los otros países o de los más desarrollados por sus respectivos gobiernos, es justamente la de otorgarles subvenciones a través de la concesión a los países compradores de créditos blandos condicionados, con lo cual se podría afectar la economía nacional.

Estas consideraciones han sido tomadas en cuenta en el pasado y por ello no se ha generalizado la contratación de este tipo de empréstitos de gobierno a gobierno.

2.2.- Proyecto de ley.

En la actualidad cursa en el Congreso un proyecto de ley que exceptúa expresamente del régimen de la ley 80 de 1993 los **contratos derivados** de los **denominados créditos concesionales**, calificados así por las condiciones ventajosas que pueden representar para el país. El proyecto de ley No. 06 de 2003 - Cámara -, en su artículo 4° propone modificar el 13 de la ley 80 y al efecto prescribe:

“Los contratos financiados con fondos de los organismos multilaterales de crédito o con recursos provenientes de cooperación internacional, 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 les dará a los contratos derivados de créditos concesionales.** // Parágrafo. El gobierno nacional, a través de reglamento, definirá el concepto de cooperación internacional y de créditos concesionales para efectos de lo señalado en el inciso final del presente artículo.”³ (Destaca la Sala)

³ Gaceta del Congreso 341 de 2003, página 3.

En la exposición de motivos de este proyecto se expresa:

“Por otra parte, y en la línea de dar mayor transparencia a la asignación y entrega de recursos públicos por vía de contratos, el artículo 4° del proyecto tiene por objeto restringir el marco de aplicación de la excepción de aplicación de la ley 80 prevista en el artículo 13 de la normativa actual para la ejecución de los contratos financiados con fondos de los organismos multilaterales de crédito y para los contratos celebrados con personas jurídicas de derecho público internacional u organismos de cooperación, asistencia o ayuda internacional, **en el sentido de que la excepción esté construida alrededor del objeto y no del sujeto**, en consecuencia, se propone que ésta sea aplicada para los contratos financiados con los recursos de banca multilateral, con recursos provenientes de cooperación internacional o derivados de créditos concesionales.

La delimitación aquí propuesta cobra especial importancia por la práctica de muchas entidades estatales de entregar a este tipo de organizaciones por vía del concepto de ‘administración de recursos’ el manejo de importantes partidas presupuestales, administración que amparada en la posibilidad de que los organismos de ayuda, asistencia o cooperación técnica internacional den aplicación a sus reglamentos para la celebración de contratos por encima de la normatividad nacional, se convierte en una oportunidad para direccionar el manejo de recursos desde las entidades, en flagrante violación a los principios que orientan la contratación estatal.”⁴ (Negrillas de la Sala)

2.3.- Otros aspectos generales respecto de los créditos concesionales.

Analizados los aspectos jurídicos sobre el tema objeto de consulta, la Sala considera importante hacer algunas precisiones sobre la figura de los créditos concesionales con el fin de aportar algunos elementos que pueden ser tenidos en cuenta para la elaboración del documento CONPES que fije los lineamientos de política para contratación de estos empréstitos bilaterales. Pero como quiera que la financiación de Gobierno a Gobierno que se efectúa a través de la modalidad del crédito concesional tiene dos componentes básicos: uno de ayuda y cooperación y, otro negocial, la Sala estima procedente abocar sucintamente el estudio de los siguientes subtemas: 1.- Crédito Concesional. Definición. Naturaleza. Características. Documentos Fuente. 2.-Cooperación Económica Internacional. Alcance.- 3.-Esquema de financiación del gasto público a través de créditos concesionales. Riesgos .

2.3.1.-Créditos concesionales bilaterales - legislación comparada

A falta de definición de esta modalidad de cooperación económica en la legislación colombiana, la Sala procedió a revisar en la legislación comparada y en documentos publicados por organismos de cooperación española - país líder en el otorgamiento de créditos para esta modalidad - las características de esta figura con el fin de establecer el marco general.

⁴ Expresiones en el mismo sentido se redactan en la exposición de motivos del proyecto de ley No. 7 de 2003 – Cámara – de origen gubernamental. Gaceta del Congreso 341 de 23 de julio de 2003, página 19.

2.3.1.1. Créditos concesionales en la ley Española - Noción

La Ley 23 de 1998 o Ley de Cooperación Española, al respecto prevé:

“Artículo 28. Financiación y ejecución bilateral. “La cooperación bilateral para el desarrollo se financia según las siguientes modalidades: (...)

“2. Recursos gestionados por el Ministerio de Economía y Hacienda, con cargo a los cuales se instrumentarán créditos concesionales en los términos internacionales vigentes en materia de crédito a la exportación con apoyo oficial.

“En el caso de créditos destinados a programas y proyectos de desarrollo social básico y que estén específicamente destinados a mejorar las condiciones de vida de los sectores más necesitados de la población, los recursos se administrarán conjuntamente por los Ministerios de Asuntos Exteriores y de Economía y Hacienda, con arreglo a la normativa que se elaborará en desarrollo de la presente Ley.”⁵ (Negrilla fuera del texto original).

En concordancia con la anterior disposición, el Decreto Real 28 de 2000 señala:

“Se entiende por créditos concesionales en los términos internacionales vigentes, en materia de crédito a la exportación con apoyo oficial los créditos concedidos por el Estado Español a otros Estados, así como a empresas públicas o privadas residentes en el extranjero con cargo al Fondo de Ayuda al Desarrollo (FAD), creado en virtud del decreto(...).”⁶ (Negrilla fuera del texto original).

2.3.1.2. Condiciones.-

Sobre las condiciones de otorgamiento de los mismos, la doctrina señala:

“Los créditos del Fondo de Ayuda al Desarrollo (FAD) son uno de los principales instrumentos de la cooperación española. **Son créditos concesionales (en condiciones ventajosas: bajo interés, devolución a largo plazo) y están ligados** a la compra

⁵ www.aeci.es/4-Legislacion/ley_cooperacion/capitulo4.htm

⁶ www-iigov-org. España. Real Decreto 28/2000.

de productos españoles, es decir, **a la importación, por parte del receptor**, de bienes y servicios españoles.⁷ (Destaca la Sala)

2.3.1.3. Características.-

Con base en lo anterior, resulta dable señalar que los créditos concesionales son modalidades de financiamiento y ejecución de políticas de cooperación para el desarrollo, cuyas características básicas son:

- ✓ Se constituyen de Gobierno a Gobierno.
- ✓ También se denominan como créditos de complementariedad económica o ligados.
- ✓ Están orientados a promover el desarrollo social y económico de los países del denominado tercer mundo o que afrontan problemas de crisis económica y social.
- ✓ Se enmarcan dentro de programas de cooperación económica y financiera.
- ✓ Tienen dos componentes básicos: uno de ayuda y cooperación y, otro negocial, en tanto son instrumentos para promover las exportaciones del país otorgante.
- ✓ Son créditos blandos y a largo plazo⁸.

2.3.1.4. Fuente y documentación.-

Como quiera que este tipo de créditos por su naturaleza se fundamentan en la cooperación económica de Gobierno a Gobierno, por regla general tienen como fuente un tratado de amistad o cooperación que fija las condiciones generales del empréstito respectivo.

En el proceso de negociación, tal y como lo describe la Fundación para el Tercer Mundo, se suscriben por lo general los siguientes documentos:

- ✓ Convenio intergubernamental entre Gobiernos, en los que se establecen las asignaciones para el financiamiento.
- ✓ Con base en el convenio de integración para la cooperación financiera se suscriben los contratos de préstamo para los créditos.
- ✓ Con base en los contratos de préstamo la entidad ejecutante o quien ésta designe para el efecto se encarga de la celebración de los procesos de selección y contratación para el desarrollo del proyecto correspondiente.⁹

⁷ Texto extraído de la guía didáctica Desarrollo, Cooperación y Solidaridad. Más allá del 0'7%, Manuela Mesa (ccord.), Centro de Investigación para la Paz, Madrid, 1997, pp. 12-15.

⁸ El Club de París. Es el foro internacional que reúne a los representantes de los países acreedores pertenecientes a la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE), ante el cual recurre un país deudor determinado, para la renegociación de su deuda, contraída con éstos, o garantizada por los mismos. Las operaciones de alivio de la deuda del Club de París, abarcan el servicio de todos los préstamos oficiales bilaterales, **incluidos los créditos concesionales (de condiciones financieras blandas)** y los créditos de exportación con garantía oficial". (Negrilla fuera de texto). <http://transparencia-economica.mef.gob.pe/glosario/endeudamiento.asp>

2.3.61.5. Importancia.-

Cabe anotar, que este tipo de créditos ligados o concesionales como los denomina la doctrina, son créditos que se dirigen al financiamiento de macroproyectos, cuya viabilidad es analizada previamente por el país otorgante con el fin de determinar no sólo la importancia del proyecto para el desarrollo del país receptor, sino si éste es atractivo como instrumento para promover las exportaciones del país otorgante.

No obstante, es en el contrato de crédito respectivo en donde se establecen las normas de selección y adquisición de los bienes y servicios, por lo que es fundamental que en la negociación tanto del contrato como del convenio de cooperación bilateral se establezca, claramente, que el crédito estará ligado, siempre que las condiciones de mercado sean competitivas, con el fin de evitar que a la postre un mecanismo de financiación que se acoge por sus condiciones blandas **se convierta en un mecanismo perverso para el país**, en la medida en que se obligue a contratar bienes y servicios por fuera de las reglas y precios del mercado.

En este orden de ideas, es importante que desde la etapa de negociación de estos instrumentos que son la fuente de los contratos de crédito que se suscriban posteriormente, se observe un especial deber de diligencia.

Deber de diligencia que, en concepto de la Sala, cobra importancia aún en el caso de los créditos concesionales, pues si bien es cierto, estos están ligados a la compra de bienes o servicios del país prestamista, ello no obsta, para que el Gobierno establezca un esquema de evaluación de los riesgos propios de este tipo de negocios frente a las condiciones cambiantes del mercado y, si a ello hubiere lugar, consagre cláusulas de salvaguarda o reservas en los convenios y en los contratos respectivos que protejan los intereses de Colombia en el largo plazo, evitando a la postre, poner en tela de juicio el cumplimiento de las obligaciones adquiridas por el país en el plano internacional.

En concordancia con lo anterior, la Sala sugiere que en la negociación de este tipo de créditos, el Gobierno estudie los convenios y tratados suscritos por Colombia hasta la fecha y revise conjuntamente con el país cooperante los suscritos por éste, pues a pesar de que la modalidad de financiamiento concesional ha sido ampliamente utilizada de tiempo a tras por países como España (Fondo de Ayuda al Desarrollo), los países Nórdicos (Fondo Nórdico de Desarrollo)¹⁰ etc, existe

⁹ www.intermon.org. Fundación para el Tercer Mundo. Fondo de Ayuda al Desarrollo

¹⁰ “El Fondo Nórdico de Desarrollo (FND) fue fundado en 1989 por los cinco países nórdicos (Dinamarca, Finlandia, Islandia, Noruega y Suecia) como **una institución multilateral para la promoción del desarrollo social y económico en países en vía de desarrollo por medio de créditos concesionales**. Los créditos del FND se otorgan en financiación conjunta (en general en forma paralela) con otras instituciones multilaterales (en adelante se les dará el nombre de Entidad Principal).”El Contrato de Crédito rige las relaciones legales entre el Prestatario y el FND. Las presentes Normas de Selección y Adquisición son válidas para adquirir bienes, trabajos y servicios de acuerdo con lo establecido en el Contrato de Crédito. Los derechos y obligaciones del Prestatario (o la Entidad Ejecutora) y de los proveedores de bienes, trabajos y servicios del proyecto se rigen por los contratos firmados entre el Prestatario (o la Entidad Ejecutora) y dichos proveedores, no por estas Normas Generales de Selección y Adquisición o el Contrato de Crédito.

una marcada tendencia en el entorno internacional a restringir el uso de cláusulas que favorezcan producciones o empresas de un determinado país.

Ejemplo de cooperación europea.-

A título de ejemplo, la Sala se permite citar un aparte del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea y, otro del Convenio Marco relativo a la ejecución de la cooperación económica de la Comunidad Económica Europea en Colombia, en los cuales se señala la incompatibilidad que podría presentarse de no tenerse en cuenta este tipo de compromisos internacionales.

- **Unión Económica Europea.-Sección tercera. Ayudas otorgadas por los Estados¹¹**

“Artículo 92 . 1. Salvo que el presente Tratado disponga otra cosa, serán incompatibles con el mercado común, en la medida en que afecten a los intercambios comerciales entre Estados miembros, las ayudas otorgadas por los Estados o mediante fondos estatales, bajo cualquier forma, que falseen o amenacen falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones.

2. Serán compatibles con el mercado común:

- las ayudas de carácter social concedidas a los consumidores individuales, siempre que se otorguen sin discriminaciones basadas en el origen de los productos;
- las ayudas destinadas a reparar los perjuicios causados por desastres naturales o por otros acontecimientos de carácter excepcional;
- las ayudas concedidas con objeto de favorecer la economía de determinadas regiones de la República Federal de Alemania,

”Las Normas Generales de Selección y Adquisición del FND están de acuerdo con la práctica internacional reconocida como, por ejemplo, la utilizada por el Banco Mundial y los Bancos Regionales de desarrollo.

”La política del FND es exigir a los Prestatarios (lo que incluye a beneficiarios de créditos del FND) y a los postores / proveedores / contratistas con contratos financiados por el FND que procedan de acuerdo con las más estrictas normas éticas. Con el fin de evitar prácticas corruptas y fraudulentas durante el período de selección y adquisición y el de cumplimiento de los contratos, deberá incluirse en los mismos una cláusula a tal efecto que esté de acuerdo con las normas de selección y adquisición de la Entidad Principal.”**Los proyectos deberán ser de interés para los países Nórdicos y los bienes, trabajos y servicios con financiación del FND se obtendrán principalmente de dichos países, por competencia y de acuerdo con las presentes Normas Generales de Selección y Adquisición. Si se lo considera apropiado puede aceptarse un proveedor en el país del Prestatario. “2. Postores Idóneos Por lo general un postor idóneo para contratos de bienes, trabajos y servicios en proyectos financiados por el FND deberá ser ciudadano, residente permanente o empresa registrada en un país Nórdico.** Las especificaciones sobre Postores Idóneos se hallarán en el Plan de Selección y Adquisición como parte integral del Contrato de Crédito.”**3. Bienes, Trabajos y Servicios Idóneo. Una buena parte de los bienes, trabajos y servicios a ser suministrados con la financiación del FND deberá ser de origen Nórdico.** El origen de los bienes, trabajos y servicios deberá especificarse detalladamente en el Plan de Selección y Adquisición como parte integral del Contrato de Crédito. Los bienes fabricados y los trabajos realizados por una compañía registrada en el país del Prestatario cuya mayoría accionaria sea Nórdica deberá considerarse, para el objeto de estas normas, de origen Nórdico.

“Por origen se entiende el lugar dónde se extraen, cosechan o producen los bienes, o de dónde se brindan los servicios. La producción de bienes es el proceso de fabricación o el montaje de la mayor parte de sus componentes, lo que resulta en un producto comercialmente reconocido y muy diferente en sus características básicas, finalidad o utilidad a la de sus componentes. Respecto del personal llamado a realizar tareas de consultoría, la palabra origen deberá entenderse como sinónimo de ciudadanía, residencia permanente o período de empleo prolongado (mínimo de 4 años acumulados en puestos con contrato) con un postor idóneo.”. (Negrilla fuera del texto original).

¹¹ europa.eu.int/abc/obj/treaties/es/estoc053.htm

afectadas por la división de Alemania, en la medida en que sean necesarias para compensar las desventajas económicas que resultan de tal división.

“3. Podrán considerarse compatibles con el mercado común:

- a. las ayudas destinadas a favorecer el desarrollo económico de regiones en las que el nivel de vida sea anormalmente bajo o en las que exista una grave situación de subempleo;
- b. las ayudas para fomentar la realización de un proyecto importante de interés común europeo o destinadas a poner remedio a una grave perturbación en la economía de un Estado miembro;
- c. las ayudas destinadas a facilitar el desarrollo de determinadas actividades o de determinadas regiones económicas, **siempre que no alteren las condiciones de los intercambios en forma contraria al interés común.** Sin embargo, las ayudas a la construcción naval existentes el 1 de enero de 1957, en la medida en que tengan su origen en la ausencia de protección arancelaria, serán reducidas progresivamente en las condiciones aplicables a la supresión de los derechos de aduana, sin perjuicio de las disposiciones del presente Tratado relativas a la política comercial común respecto de terceros países;

“Las ayudas destinadas a promover la cultura y la conservación del patrimonio, **cuando no alteren las condiciones de los intercambios y de la competencia en la Comunidad en contra del interés común.**”

- **Convenio-Marco.** Relativo a la ejecución de ayuda financiera y técnica y de la Cooperación Económica en la República de Colombia en virtud del reglamento “ALA”, firmado por el Ministro de Relaciones Exteriores de Colombia el 14 de diciembre de 2000. Modelo de convenio de Financiación.

“Condiciones Generales. Título I- Financiación del Proyecto.- Artículo 10.- “Admisibilidad.- **La participación en las licitaciones y en los contratos estará abierta en igualdad de condiciones a todas las personas naturales y jurídicas de los Estados Miembros de la Comunidad.**”

“En lo que se refiere a la cooperación financiera y técnica, dicha participación se extiende a **las personas naturales y jurídicas del Estado beneficiario** y en caso de que el Estado **beneficiario pertenezca a un grupo regional de integración de mercado, a las personas naturales y jurídicas de los países miembros de dicha agrupación siempre y cuando dichos países sean elegibles para ayuda comunitaria.** Dicha participación puede ser extendida, caso por caso, a las personas naturales y jurídica de otros países en desarrollo. En casos excepcionales debidamente justificados, la participación de personas naturales y jurídicas de países diferentes a los indicados anteriormente, puede ser admitida.

“Artículo 11.- Igualdad de participación.- La Comisión y el Beneficiario adoptarán las medidas necesarias para garantizar, en igualdad de condiciones, una participación lo más amplia posible en licitaciones y en contratos de obras, suministros y servicios financiados por la Comunidad.

“A tal fin, velarán en particular:

- Por garantizar a través del Diario Oficial de las Comunidades Europeas y del Diario Oficial del Estado Beneficiario o de la prensa nacional y local, la publicación previa de las licitaciones en plazos satisfactorios.
- En eliminar toda práctica discriminatoria o toda especificación técnica que pueda obstaculizar una amplia participación, en igualdad de condiciones, de todas las personas naturales y jurídicas prevista en el artículo 10.-“ (Negrilla fuera del texto original).

2.3.1.6. Esquema de riesgos de esta modalidad de financiación de gasto público.

A pesar de las características favorables que en materia de financiamiento puedan representar este tipo de créditos para los países receptores, el riesgo de este esquema radica en el carácter condicionado de la financiación.

En efecto, la modalidad del crédito concesional de Gobierno a Gobierno ha sido objeto de diversas críticas, en la medida en que podría en el largo plazo convertirse en instrumento gravoso para el país, no sólo desde el punto de vista económico (estar obligado a comprar bienes y servicios en condiciones no competitivas), sino desde el punto de vista tecnológico (estar obligado a adquirir bienes que comparativamente estén rezagados tecnológicamente).

En un interesante documento denominado “*Estrategia para la Cooperación Española*”, se sintetizan tanto las ventajas, como los riesgos de esta figura. Allí se señala:

“Sin llegar a tener el peso que tuvo en España, en casi todos los sistemas de cooperación al desarrollo existe una figura de crédito concesional, cuya adjudicación se vincula a la adquisición de bienes procedentes del país donante y que se computa como AOD. **Desde sus orígenes, se trata de un instrumento polémico, sobre el que no existe una opinión unánime. El centro de las críticas suele ir dirigido al carácter vinculado — o ligado—** de la ayuda prestada a través de esta vía: un aspecto que conviene considerar, siquiera brevemente.

“4.1. Ayuda ligada y cooperación para el desarrollo.

“En general, se entiende que una determinada transferencia de recursos —básicamente, a través de créditos—está vinculada, cuando los fondos recibidos por el país beneficiario deben emplearse en operaciones específicas o bajo condiciones previamente determinadas. **El caso más habitual de vinculación del crédito asocia la utilización de los recursos a la adquisición de bienes procedentes del país donante. Este condicionamiento limita las posibilidades del país**

receptor, y su efecto sobre las condiciones del crédito depende de la idoneidad y costo de los bienes y servicios ofrecidos por el donante, en relación con fuentes alternativas de provisión.

“Pues bien, diversos sectores involucrados en la cooperación al desarrollo mantienen una posición claramente adversa al mantenimiento de este tipo de instrumento. Se considera que la ayuda debe venir regida puramente por principios altruistas, en los que no intervenga ninguna consideración mercantil. A los préstamos ligados se les reprocha que **limitan los grados de libertad del beneficiario, encarecen la ayuda** —siempre que las **condiciones de oferta del donante no sean las más competitivas**— y abren la posibilidad de que se invierta la **lógica de la cooperación**, al hacer que ésta responda, preferentemente, a una dinámica inducida por la oferta. No cabe desconsiderar estos argumentos. **Todos ellos apuntan riesgos ciertos, que se detectan, con frecuencia, en las evaluaciones realizadas sobre esta figura.** (...)”

“(...) el instrumento presenta problemas, vinculados con la situación de dependencia que promueve en el receptor. Como es sabido, se trata de recursos vinculados, que obligan al beneficiario a dedicar una parte del crédito a la adquisición de bienes y servicios procedentes del donante. **En la medida en que tales bienes y servicios no sean los más aptos o los más competitivos, se está incorporando un coste adicional a la operación, equivalente al diferencial de precio respecto a la mejor de las ofertas a las que pudiese acceder en el mercado. Resulta difícil estimar la magnitud de ese sobrecosto asociado a la vinculación del crédito, no obstante,** un estudio promovido por la OCDE sitúa ese efecto en porcentajes que oscilan entre el 10% y el 20%. **Se trata de magnitudes importantes, que no cabe desconsiderar.**”

“Por lo demás, el carácter discrecional de los créditos hace que, en ocasiones, se promueva una inversión en la lógica de la ayuda, de modo que ésta resulte inducida más por la oferta que por la demanda: el propósito de la operación parece ser favorecer la evacuación de excedentes comerciales del donante más que atender las necesidades de financiación del beneficiario. Y, aun cuando cabe la posibilidad de que este último renuncie a la financiación ofrecida, no cabe duda que la situación de un país subdesarrollado —necesitado de recursos e importaciones— no siempre es la mejor para oponerse a una operación de este tipo. En estas condiciones, las posibilidades de abuso por parte del donante son elevadas.”¹²

3. Conclusión. Régimen aplicable a los contratos de crédito concesionales en virtud de cooperación o de gobierno a gobierno.-

De acuerdo con lo expuesto, si bien es cierto que, el contrato de crédito concesional que se hace en desarrollo de un convenio internacional de cooperación con personas extranjeras de derecho público es una especie de

¹² Documento para la Cooperación Española. <http://www.mae.es/documento/0/000/000/006/fad.pdf>

contrato de financiamiento o de empréstito y, por lo tanto, el Gobierno está expresamente autorizado por el artículo 13 de la ley 80 de 1993 para contratar bajo las condiciones que establezca el país prestatario, también lo es que, en primer lugar, se trata de una facultad y no de una obligación; y, en segundo lugar, que en su ejercicio, el Gobierno está en la obligación de analizar previamente los riesgos que se deriven de este tipo de operaciones, para luego tener en cuenta la orientación legal general de no condicionamiento (cuando es posible) y el alcance y fines de la cooperación que se presta.

En lo atinente a los créditos concesionales de gobierno a gobierno, el documento CONPES que fije los lineamientos de la política para la contratación y ejecución de empréstitos bilaterales bajo la modalidad mencionada, se convierte en el primer paso para diseñar apropiadamente la política que el país deberá seguir para la negociación de los documentos fuente - tratados y convenios de cooperación económica - que contemplen créditos bajo esta modalidad, como de los contratos que de estos se deriven.

La Sala responde

1. Conforme a las consideraciones antes expuestas, resulta jurídicamente viable realizar licitaciones restringidas en las cuales participen solamente oferentes del país otorgante del crédito concesional, esto es, para adquirir bienes y/o servicios de origen del país otorgante de dicho crédito.

Con todo, por mandato legal, el gobierno nacional debe buscar que no se exija el empleo o la adquisición de bienes o la prestación de servicios de procedencia extranjera específica, o que a ello se condicione el otorgamiento.

Si legalmente se celebran en el exterior, se regirán por la ley extranjera; pero su ejecución en Colombia, se rige por la ley colombiana.

2. El artículo 13 de la ley 80 de 1993 faculta a las entidades públicas (art. 2°) para acordar que el contrato celebrado con personas extranjeras de derecho público u organismos de cooperación, asistencia o ayuda - se rijan por los reglamentos de tales entidades u organismos en lo atinente a los procedimientos de formación, adjudicación, cláusulas especiales de ejecución, cumplimiento, pago y ajustes.
- 3.-Los incisos 2°, 3° y 4° del artículo 13 de la ley 80 de 1993 son normas de Derecho Internacional de solución de conflictos que otorgan a los contratantes facultades excepcionales para resolver eventuales problemas sobre la aplicabilidad de normas de diferentes Estados en los asuntos allí señalados, que, con independencia de su naturaleza privada o pública son de aplicación restrictiva. En consecuencia, la regla especial prevista en el inciso 4° que concede facultad excepcional a las entidades estatales para sustraerse de la aplicación nacional y reemplazarla por el reglamento del organismo internacional de que se trate, no puede extenderse a sujetos distintos de organismos multilaterales, personas jurídicas extranjeras de derecho público y organismos internacionales especiales (de cooperación, asistencia o ayuda).
4. La estipulación en un contrato de crédito concesional en la que se prevea la condición de entrega y destinación de recursos por el Gobierno prestamista para ser destinada a la compra de bienes y servicios originados en el país

prestamista, se encuentra autorizada por la ley 80 de 1993 (arts. 13, 21 y 40) y, por tanto, no implica violación del régimen legal colombiano. Si se considera desfavorable, sencillamente debe procurarse la supresión de la condición o abstenerse de hacer uso de la cooperación o del empréstito.

Transcríbase al señor Ministro de Hacienda y Crédito Público. Igualmente, envíese copia a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República

FLAVIO AUGUSTO RODRÍGUEZ ARCE
Presidente de la Sala

GUSTAVO APONTE SANTOS

SUSANA MONTES DE ECHEVERRI AUGUSTO TREJOS JARAMILLO

ELIZABETH CASTRO REYES
Secretaria de la Sala