

DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN

Concepto No.: 20118010452121

(Bogotá D.C., martes, 16 de agosto de 2011)

Asunto: Consulta relacionada con el régimen contractual de la Banca Multilateral y el Secop

Doctor

Gonzalo Antonio Mora Henao

onzalo.mora@antioquia.gov.co

Gobernación de Antioquia

Medellín — Antioquia

Respetado señor:

Por medio del presente oficio damos respuesta a su consulta No. 20116630224812 en la cual consulta sobre la publicidad en el Secop de los contratos sometidos al régimen contractual de los Bancos Multilaterales.

Como punto inicial, cabe aclarar que el Departamento Nacional de Planeación según las funciones atribuidas por el Decreto 3517 de 2009 y los documentos Conpes 3248 y 3249 de 2003, tiene limitada su competencia en materia de Contratación Pública a la orientación y el seguimiento del proceso de implementación de la estrategia transversal de reforma a la contratación pública; la cual tiene como eje la formulación de una Política Pública en la materia, que se base en la lucha contra la corrupción y en la búsqueda de la eficiencia en la ejecución de los recursos públicos.

No obstante lo anterior, haremos una breve exposición de la normatividad que rige la materia desde una perspectiva en abstracto para que adopte las decisiones que considere más conducentes conforme la situación particular y concreta que corresponda.

I. Régimen contractual de contratos financiados con recursos de Organismos Internacionales

1. Estatuto General de Contratación de la Administración Pública

El Estatuto General de Contratación de la Administración Pública — Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007 y sus Decretos Reglamentarios — establece como regla general la sujeción a dicho estatuto por parte de las entidades estatales, quienes deberán realizar sus procesos contractuales en atención a sus disposiciones.

Así, el artículo 2° de la Ley 80 de 1993 define las entidades estatales, servidores y servicios públicos, para efectos de la aplicación del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

En este sentido, se encuentran sometidos a dicho Estatuto, las entidades estatales indicadas en el numeral 1 de este artículo; quienes deberán adelantar sus procedimientos contractuales mediante la licitación pública, la selección abreviada, el concurso de méritos y la contratación directa, siendo la licitación pública a su vez, la regla general, según lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley 1150 de 2007.

Por su parte, la Ley 1150 de 2007 —por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con recursos públicos— sometió también al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública a las cooperativas y asociaciones de entidades territoriales (artículo 10), a las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, las Sociedades de Economía Mixta, sus filiales y empresas con participación mayoritaria del Estado en los términos allí previstos (artículo 14), a las Corporaciones Autónomas Regionales (artículo 24), y al Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo —Fonade— (artículo 26), y, frente a las entidades no sometidas al Estatuto General de Contratación, estableció unos principios generales que deben atender en el desarrollo de su actividad contractual (artículos 13 y 15).

Asimismo, se encuentran exceptuadas de dicho Estatuto General únicamente las entidades que por medio de la Ley, tengan regímenes excepcionales, los cuales en todo caso, deben someterse a los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, referidos a la igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad, publicidad, equidad y valoración de los costos ambientales.

Por último, se hace necesario tener en cuenta la existencia de reglas particulares respecto de la contratación con organismos internacionales, las cuales determinan la legislación aplicable a los procesos contractuales que se deriven de los Convenios o Contratos respectivos.

2. Régimen contractual aplicable a la contratación con organismos internacionales

La normatividad aplicable a la contratación con recursos de cooperación internacional y de organismos internacionales por parte de las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, se rige por el artículo 20 de la Ley 1150 de 2007.

En este sentido, dicho artículo preceptúa que:

"Los contratos o convenios financiados en su totalidad o en sumas iguales o superiores al cincuenta por ciento (50%) con fondos de los organismos de cooperación, asistencia o ayudas internacionales, podrán someterse a los reglamentos de tales entidades. En caso contrario, se someterán a los procedimientos establecidos en la Ley 80 de 1993. Los recursos de contrapartida vinculados a estas operaciones podrán tener el mismo tratamiento.

"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 la operación del programa mundial de alimentos; 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.

"Las entidades estatales no podrán celebrar contratos o convenios para la administración o gerencia de sus recursos propios o de aquellos que les asignen los presupuestos públicos, con organismos de cooperación, asistencia o ayuda internacional.

"PARÁGRAFO 1o. Los contratos o acuerdos celebrados con personas extranjeras de derecho público, podrán someterse a las reglas de tales organismos.

"PARÁGRAFO 2o. Las entidades estatales tendrán la obligación de reportar la información a los organismos de control y al Secop relativa a la ejecución de los contratos a los que se refiere el presente artículo.

"PARÁGRAFO 3o. En todo Proyecto de cooperación que involucre recursos estatales se deberán cuantificar en moneda nacional, los aportes en especie de la entidad, organización o persona cooperante, así como los del ente nacional colombiano. Las contralorías ejercerán el control fiscal sobre los proyectos y contratos celebrados con organismos multilaterales".

Por su parte, el artículo 85 del Decreto 2474 de 2008, establece que:

"Los contratos o convenios financiados en su totalidad o en sumas iguales o superiores al cincuenta por ciento (50%) con fondos de los organismos de cooperación, asistencia o ayudas internacionales, podrán someterse a los reglamentos de tales entidades. En caso contrario, los contratos o convenios que se celebren con recursos públicos de origen nacional se someterán a los procedimientos establecidos en el Estatuto General de la Contratación Pública.

"En el evento en que el monto del aporte de fuente nacional o internacional se modifique o cuando la ejecución efectiva de los aportes no se realice en los términos inicialmente pactados, las entidades estatales deberán modificar los contratos o convenios, de tal manera que se de cumplimiento a lo establecido en el inciso anterior.

"Los recursos que se generen en desarrollo de los contratos o convenios financiados con fondos de los organismos de cooperación, asistencia o ayudas internacionales a los cuales hace referencia el inciso 1° del presente artículo no computarán para efectos de determinar los porcentajes allí dispuestos.

"Los contratos o convenios financiados con fondos de los organismos multilaterales de crédito, entes gubernamentales extranjeros o personas extranjeras de derecho público, así como aquellos a los que se refiere el inciso 2° del artículo 20 de la Ley 1150 de 2007, se ejecutarán de conformidad con lo establecido en los tratados internacionales marco y complementarios, y en los convenios celebrados, o sus reglamentos, según sea el caso.

"En los demás casos, los contratos o convenios en ejecución al momento de entrar en vigencia la Ley 1150 de 2007 continuarán rigiéndose por las normas vigentes al momento de su celebración hasta su liquidación, sin que sea posible adicionarlos ni prorrogarlos.

"Parágrafo. Los convenios a que hace referencia el presente artículo deberán tener relación directa con el objeto del organismo de cooperación, asistencia o ayuda internacional que se contemple en su reglamento o norma de creación".

De éste marco normativo, es posible identificar la existencia de dos hipótesis diferentes, las cuales han de determinar la normativa aplicable a la contratación con recursos de organismos internacionales, así, se remite al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública; o, a los Tratados Internacionales Marco y Complementarios; Convenios celebrados; o, Reglamentos

de los Organismos Internacionales, según sea el caso.

En este sentido, se encuentran sometidos de forma obligatoria al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, todos los contratos o convenios financiados en sumas inferiores al 50% con fondos de organismos de cooperación, asistencia o ayudas internacionales.

Por su parte, se pueden someter a la reglamentación contenida en los Tratados Internacionales Marco y Complementarios; Convenios celebrados; o, Reglamentos de los Organismos Internacionales, según sea el caso:

1. Los contratos o convenios financiados en su totalidad o en sumas iguales o superiores al 50% con fondos de organismos de cooperación, asistencia o ayudas internacionales;
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;
3. Los contratos y convenios necesarios para la operación de la OIT;
4. Los contratos y convenios ejecutados en desarrollo del sistema integrado de monitoreo de cultivos;
5. Los contratos y convenios para la operación del programa mundial de alimentos;
6. Los contratos y convenios para el desarrollo de programas de apoyo educativo a población desplazada y vulnerable adelantados por la Unesco y la OIM;
7. Los contratos o convenios financiados con fondos de organismos multilaterales de crédito y entes gubernamentales extranjeros; y,
8. Los contratos o acuerdos celebrados con personas extranjeras de derecho público.

Por último, respecto al régimen aplicable a los recursos de aporte de fuente nacional del respectivo convenio o contrato, el Decreto 1896 de 2004 modificado por el Decreto 2166 de 2004 establece lo siguiente:

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

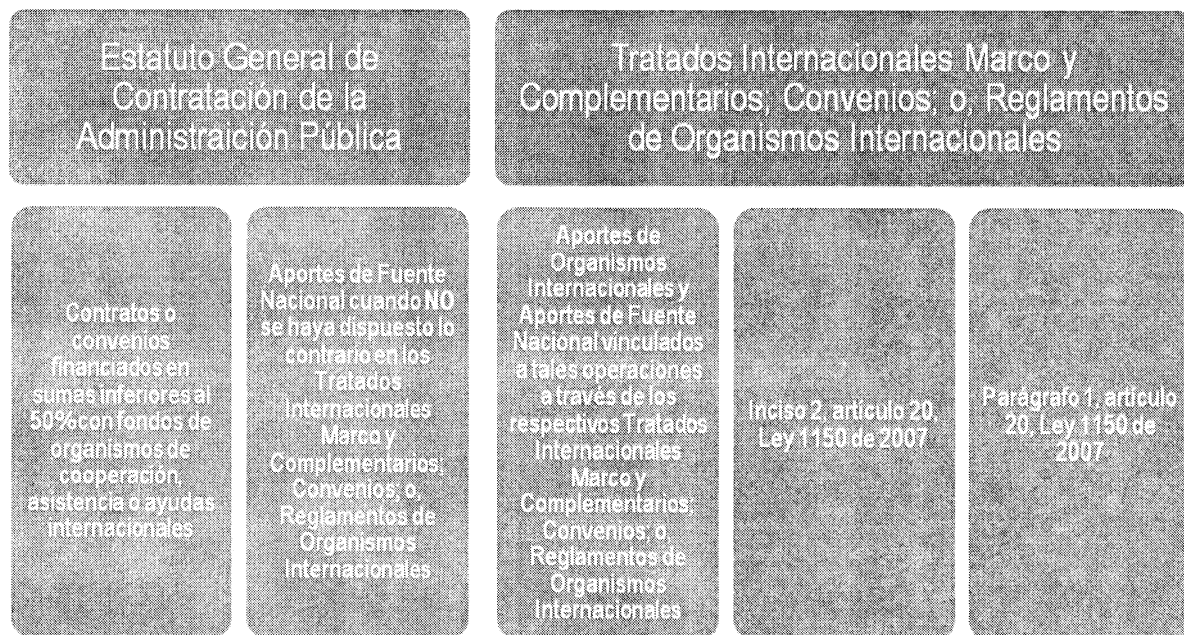
"Los contratos o convenios financiados con recursos provenientes de empréstito y donación celebrados con organismos multilaterales de crédito, personas extranjeras de derecho público u organismos de cooperación, asistencia o ayuda internacionales, podrán someterse a los reglamentos de tales entidades 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."
(Negritas fura de texto)

En vista de lo anterior, es claro que los aportes de fuente nacional en los proyectos descritos en las hipótesis contenidas en el artículo 20 de la Ley 1150 de 2007, podrán tener el mismo régimen contractual que se de a los aportes internacionales, según se disponga en los Tratados Internacionales Marco y Complementarios; Convenios celebrados; o, Reglamentos de los Organismos Internacionales, según sea el caso.

Para una mayor ilustración y entendimiento de este asunto, a continuación expondremos sintéticamente la forma como debe ser entendida la contratación con Organismos Internacionales, así:

Contratación con Organismos Internacionales



Las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, deberán cumplir lo previsto en los artículos 20 de la Ley 1150 de 2007, 85 del Decreto 2474 de 2008 y 1 del Decreto 1896 de 2004, modificado por el Decreto 2166 de 2004; los cuales contienen, además de las reglas para la determinación del régimen aplicable a la contratación con dichos recursos, normas especiales sobre el régimen aplicable a los recursos de aporte de fuente nacional.

De esta forma, y en atención a su consulta, la legislación nacional prevé como regla general el sometimiento de los contratos o convenios que se ejecuten con recursos públicos de origen nacional a los procedimientos establecidos en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, salvo que se disponga expresamente lo contrario en los respectivos Tratados Internacionales Marco y Complementarios, Convenios, o, Reglamentos de Organismos Internacionales, según sea el caso, respecto de tales recursos; siempre y cuando, los contratos o convenios sean financiados en su totalidad o en sumas iguales o superiores al 50% con fondos de organismos de cooperación, asistencia o ayudas internacionales o cuando se encuadren dentro de alguna de las hipótesis contenidas en el inciso segundo o en el parágrafo primero del artículo 20 de la ley 1150 de 2007, como es el caso de los contratos o convenios financiados con fondos de los organismos multilaterales de crédito y entes gubernamentales extranjeros, al tenor de lo dispuesto en la última frase del inciso segundo de la norma en mención .

II. Publicidad de los procedimientos contractuales en el Secop únicamente

El Sistema Electrónico para la Contratación Pública, Secop es el sistema oficial del Estado Colombiano y el punto único de información contractual según lo dispuesto en el artículo 3° de la Ley 1150 de 2007.

El artículo 8 del Decreto 2474 de 2008 dispone las reglas de publicidad del procedimiento de selección de que se trate, así:

"La entidad contratante será responsable de garantizar la publicidad de todos los procedimientos y actos asociados a los procesos de contratación salvo los asuntos expresamente sometidos a reserva.

"La publicidad a que se refiere este artículo se hará en el Sistema Electrónico para la Contratación Pública (SECOP) a través del Portal único de Contratación, cuyo sitio web será indicado por su administrado".¹ (Negritas y subrayas fuera de texto)

Así, el mismo artículo 8 del Decreto 2474 de 2008 establece las reglas conforme a las cuáles la entidad contratante debe realizar la publicidad de las actuaciones relacionadas con los procedimientos y actos asociados a los procesos de contratación sometidos al Estatuto de Contratación público y define los documentos e información que deben publicarse de acuerdo con cada modalidad de selección.

Ahora bien, el Portal de Contratación incorporó las reglas de publicación dentro del sistema de manera que se pueda cumplir con las diferentes condiciones que prevé la norma para cumplir con esta obligación.

Dicho lo anterior, teniendo en cuenta que la publicidad de los procesos contractuales en el Secop, corresponde a una obligación de publicidad de los mismos en razón a que es el punto único de

¹ Actualmente, el sitio web dispuesto para el Secop corresponde a www.contratos.gov.co

información contractual según lo dispuesto en el literal b) del artículo 3° de la Ley 1150 de 2007, motivo por el cual, debe tenerse en cuenta que la comisión de este requisito conlleva a la ineficacia del acto no publicado² para los actos y documentos que deben ser publicados allí en los términos señalados en el artículo 8° del Decreto 2474 de 2008.

En igual sentido, el Consejo de Estado ha establecido que el incumplimiento de los requisitos de publicidad en dicho sistema, conlleva a la ineficacia de los actos administrativos, "en consideración a que la publicidad del acto administrativo es un requisito indispensable para que las decisiones administrativas sean obligatorias"³, "en tanto constituye una de las etapas del procedimiento [que] tiene por objeto dar firmeza a la decisión administrativa, la cual —a su turno— es requisito necesario para su ejecución válida".⁴

Siendo así, en atención a que la publicación de los procesos contractuales en el Secop es un requisito de publicidad, su incumplimiento conllevaría a la ineficacia de los actos no publicados y en consecuencia, es el único medio de publicidad electrónica de las actuaciones de la administración.

Es preciso señalar que el deber de publicidad en el Secop viene desde el derogado decreto 2434 de 2000 el cual fue reformulado como único medio de divulgación de la información contractual desde la entrada en vigencia de la Ley 1150 de 2007 y su reglamento.

III. Conclusiones Finales

Teniendo en cuenta que la publicidad en el Secop es obligatoria para los procesos y contratos sometidos al Estatuto de Contratación colombiano, la publicidad para los contratos sometidos a regímenes contractuales de organismos internacionales cuando a ello hubiere lugar, deberá consultar la normatividad aplicable en cada caso, en las cuales puede estar aceptada la publicidad de la actuación contractual en el Secop en la funcionalidad dispuesta para tal fin en el portal⁵, y/o en los portales de internet dispuestos para tales efectos. Lo anterior, sin perjuicio de la obligación contenida en el parágrafo 2° del artículo 20 de la Ley 1150 de 2007 según el cual "Las entidades estatales tendrán la obligación de reportar la información a los organismos de control y al Secop relativa a la ejecución de los contratos a los que se refiere el presente artículo".

Conforme a lo establecido en el artículo 230 de la Constitución Política y el artículo 25 del Código Contencioso Administrativo, las respuestas dadas por esta entidad a las consultas que se elevan, no comprometen su responsabilidad ni son de obligatorio cumplimiento o ejecución; por lo tanto, es deber del interesado evaluar las opiniones jurídicas consignadas en los conceptos, sopesarlas a la luz de la

² Suárez Beltrán, Gonzalo. La nueva Contratación Pública en Colombia: Anotaciones sobre la Ley 1150 de 2007 y su reglamentación. Bogotá: Legis 2009. Pág. 215

³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 20 de septiembre de 2007. Radicación 68001-23-15-000-2002-01016-02(29285-25934). Consejero Ponente: Ramiro Saavedra

⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 26 de septiembre de 1996. Expediente 2431. Consejero Ponente: Juan de Dios Montes Hernández

⁵ https://www.contratos.gov.co/capacitaciones/BM/Procesos_Banca_Multilateral.htm

normatividad y jurisprudencia, aplicables en la materia, y asumir su propia posición, conforme al grado de análisis y convencimiento adquirido.

Cualquier aclaración con gusto la atenderemos.

Atentamente,

Proyecto Contratación Pública

Programa de Renovación de la Administración Pública
Departamento Nacional de Planeación