

RECURSOS PROVENIENTES DE CRÉDITOS DE ORGANISMOS MULTILATERALES DIRIGIDOS AL FINANCIAMIENTO DE CONTRATOS ESTATALES CON VENCIMIENTO MAYOR DE UN AÑO – Se incorporan al Presupuesto General de la Nación

Los recursos provenientes de créditos de organismos multilaterales - como el BID –, con vencimiento mayor de un año, entran al Presupuesto General de la Nación y están sujetos al Estatuto Orgánico del Presupuesto. En consecuencia, estos recursos deben ser objeto de la respectiva apropiación presupuestal, con base en las cuales las entidades públicas atenderán los compromisos adquiridos durante la respectiva vigencia fiscal. (...) con el propósito de dar certeza sobre los recursos con que cuenta la Administración para atender de manera cumplida sus obligaciones durante la respectiva vigencia fiscal

FUENTE FORMAL: DECRETO 111 DE 1996 – ARTÍCULO 31

CERTIFICADO DE DISPONIBILIDAD PRESUPUESTAL, CDP – Régimen constitucional / PRINCIPIO DE LEGALIDAD DEL GASTO PÚBLICO – Concreción del principio de legalidad de la actuación pública / ENTIDADES ESTATALES QUE ASUMEN OBLIGACIONES – Deben contar con CDP previo / CDP – Expresión del principio de legalidad del gasto público

El principio de la legalidad del gasto público [se define] como la concreción en el campo fiscal del principio de legalidad de la actuación pública y fundamento del Estado de Derecho, el cual encuentra sus bases constitucionales, entre otros, en los artículos 121 y 122 de la Carta Política. De manera adicional (...) el concepto de disponibilidad presupuestal se constituye en un instrumento protector del principio constitucional de la legalidad del gasto público. (...) De acuerdo con el marco constitucional del presupuesto público colombiano y su interpretación por parte de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, el deber de contar con disponibilidad de recursos para asumir un gasto o una obligación por parte de una entidad del Estado, es una expresión del principio de legalidad del gasto público que se enmarca en el mandato constitucional de legalidad de las actuaciones públicas y que permea todo el régimen presupuestal regulado por el Estatuto Orgánico del Presupuesto. Por lo tanto, de conformidad con el marco constitucional del presupuesto público, existe el deber de las entidades públicas de contar con un certificado de disponibilidad presupuestal de forma previa a la asunción obligaciones o compromisos de carácter contractual, como una garantía de la existencia de recursos suficientes para atender los gastos y obligaciones que serán contraídos por el Estado

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 121/ CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 122 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 345 – CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 346 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 352

CERTIFICADO DE DISPONIBILIDAD PRESUPUESTAL – Concepto / CERTIFICADO DE DISPONIBILIDAD PRESUPUESTAL Y REGISTRO PRESUPUESTAL – Diferencias

El certificado de disponibilidad presupuestal es el instrumento a través del cual la administración asegura la existencia de recursos necesarios para asumir sus obligaciones futuras; garantiza que estas no excederán los límites de gastos previstos para una determinada vigencia fiscal, y permite organizar presupuestalmente a la entidad pública, pues expedido el certificado de

disponibilidad presupuestal que afecta provisionalmente su presupuesto, la entidad sabe con qué recursos cuenta para poder expedir nuevas disponibilidades presupuestales e iniciar otros procesos de contratación. Por otra parte, el certificado de disponibilidad presupuestal también otorga certeza a los administrados sobre los recursos con los cuales cuenta la administración para atender de manera cumplida sus obligaciones. (...) [D]iferencia existente entre el “certificado de disponibilidad presupuestal” y el “registro presupuestal” (...): mientras el primero se expide con el fin de garantizar la existencia de recursos suficientes para asumir un compromiso futuro y se expide con anterioridad al mismo afectando de manera provisional el presupuesto, el segundo se expide cuando se va a adquirir y se perfecciona un compromiso a través de un acto administrativo de carácter unilateral y se afecta de manera definitiva el presupuesto.

FUENTE FORMAL: DECRETO 568 DE 1996 – ARTÍCULO 19

CDP – Régimen legal y reglamentario / OBLIGATORIEDAD DE CONTAR CON CERTIFICADO DE DISPONIBILIDAD PRESUPUESTAL – Para expedir actos administrativos que afecten apropiaciones presupuestales

Esta Sala considera que la obligación contar con certificado de disponibilidad presupuestal para expedir actos administrativos que afecten las apropiaciones presupuestales, incluso los de naturaleza contractual, encuentran sustento en: i) El principio constitucional de legalidad del gasto público que gobierna el régimen presupuestal colombiano de conformidad con el art. 345 C.P., según lo analizado en este concepto. ii) Lo dispuesto en el inciso tercero del mismo art. 71 del EOP, que establece de manera general -sin distinguir entre actos administrativos y procedimiento administrativo previo a la celebración de un contrato- que “ninguna autoridad podrá contraer obligaciones sobre apropiaciones inexistentes, o en exceso del saldo disponible, o sin la autorización previa del Confis o por quien éste delegue, para comprometer vigencias futuras y la adquisición de compromisos con cargo a los recursos del crédito autorizados”. iii) Finalmente, la citada obligación encuentra respaldo en la definición del “certificado de disponibilidad presupuestal” incorporado en el Decreto Decreto 568 de 1996, del cual se deduce que todo compromiso que vaya a ser asumido por la administración debe estar respaldado por un certificado que garantice la existencia de recursos disponibles para el efecto y permita a la administración llevar un control de los recursos disponibles para adelantar otros compromisos

FUENTE FORMAL: DECRETO 568 DE 1996 – ARTÍCULO 19 / DECRETO 111 DE 1996 – ARTÍCULO 71

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la interpretación del artículo 71 del Estatuto Orgánico del Presupuesto y las posturas adoptadas por la Sección Tercera de esta Corporación al analizar su aplicación en tratándose de los requisitos de perfeccionamiento de los contratos ver: Consejo de Estado. Sección Tercera. Auto del 27 de enero de 2000. Exp. 14935. Consejo de Estado. Sentencia Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del veintitrés (23) de junio de dos mil cinco (2005). Rad. No 07001-23-31-000-1995-00216-01(12846), Sentencias proferidas el 6 de abril de 2000, Exp. 12.775; el 3 de febrero de 2000 Exp. 10.399; el 28 de septiembre de 2006 y del 12 de Agosto de 2014. Exp. 28565, Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 12 de Agosto de 2014. Exp. 28565

CERTIFICADO DE DISPONIBILIDAD PRESUPUESTAL – En el Estatuto de la Contratación Pública / CERTIFICADO DE DISPONIBILIDAD PRESUPUESTAL – Oportunidad para su expedición en materia contractual / EXPEDIR Y

CONTAR CON DISPONIBILIDAD PRESUPUESTAL EN MATERIA CONTRACTUAL – Expresión del deber de planeación y del principio de buena fe / INICIAR PROCESO DE SELECCIÓN SIN CONTAR CON EL CERTIFICADO DE DISPONIBILIDAD PRESUPUESTAL - Compromete la responsabilidad personal y patrimonial del funcionario público que adelanta el proceso

El numeral 6 del art. 25 de la Ley 80 de 1993, que regula el principio de economía, y rige en todos los procedimientos de selección. (...) concreta el momento o la oportunidad en la que debe ser expedido el certificado de disponibilidad presupuestal en materia contractual, esto es, en una fecha previa al momento en que se inicia el proceso de selección del contratista. En concordancia con la citada disposición, la Ley 1882 de 2018, que modificó algunas disposiciones del Estatuto de Contratación (...) precisa que el certificado de disponibilidad presupuestal debe ser expedido por la entidad contratante antes de iniciar formalmente la etapa de selección del contratista, pero no en las etapas preparatorias del proceso de selección, como sería el momento de publicación del proyecto de pliego de condiciones en los procesos licitatorios. Lo anterior no significa, claro está, que la Entidad contratante no pueda expedir el Certificado de Disponibilidad con anterioridad a la fecha de expedición del acto de apertura de un proceso de selección de un contratista, caso en el cual con sobradas razones la entidad se ajusta a la ley. En todo caso (...) el certificado de disponibilidad presupuestal debe expedirse en forma previa al inicio del proceso de selección, así: para la licitación pública, la selección abreviada y concurso de méritos, de manera previa a la expedición del acto administrativo de apertura formal del proceso, y para la mínima cuantía, al momento de la invitación pública y, en el caso de la contratación directa, desde el momento en que se inicia el proceso de negociación con el futuro contratista. (...) Además del principio de legalidad del gasto público y el de economía, la obligación de expedir y contar con disponibilidad presupuestal en materia contractual al momento de iniciar el proceso de selección del contratista, encuentra fundamento en el deber de planeación y del principio de buena fe que vincula a las entidades del Estado en los procesos de selección de sus contratistas, pues a través del certificado de disponibilidad presupuestal la entidad garantiza la existencia de recursos dentro de su presupuesto, para celebrar el contrato que resulte del proceso contractual, y para esto es determinante basarse en estudios serios y confiables acerca del costo del bien o servicio que se pretende contratar. (...) El inicio de un proceso de selección sin contar con el certificado de disponibilidad presupuestal, compromete la responsabilidad personal y patrimonial del funcionario público que adelanta el proceso

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 – ARTÍCULO 25 NUMERAL 6 / LEY 1882 DE 2018 – ARTÍCULO 6

CONTRATOS FINANCIADOS CON FONDOS PROVENIENTES DE ORGANISMO MULTILATERALES – Se someten a los reglamentos de dichos organismos / CONTRATOS FINANCIADOS CON FONDOS PROVENIENTES DE ORGANISMO MULTILATERALES – Aplicación supletiva del Estatuto General de la Contratación Pública / INAPLICACIÓN DE NORMAS NACIONALES DE CONTRATACIÓN PÚBLICA - Naturaleza excepcional y restrictiva / CONTRATOS FINANCIADOS CON FONDOS PROVENIENTES DE ORGANISMO MULTILATERALES – Sujetos a principios y reglas del régimen presupuestal colombiano

De acuerdo con lo previsto en el art. 20 de la Ley 1150 de 2007, los contratos

financiados con recursos provenientes de organismos multilaterales de crédito pueden someterse a los reglamentos de tales organismos. De ser así, el Estatuto de Contratación Pública no será aplicable a los procesos de selección, a la celebración y a la ejecución de estos contratos, a menos que los reglamentos de tales organismos se remitan a las normas de contratación pública nacional, o guarden silencio respecto a determinados aspectos del proceso contractual o de su ejecución. En este último caso, el Estatuto General de Contratación Pública será aplicable de manera supletiva. **ii)** Es importante destacar que la posibilidad de inaplicar las normas nacionales de contratación pública a los contratos financiados con recursos provenientes de organismos multilaterales de crédito es de naturaleza excepcional y, por lo tanto, de aplicación restrictiva. Además, dicha posibilidad no se extiende a las normas del régimen presupuestal contenido en la Constitución Política, en el Estatuto Orgánico del Presupuesto y en sus demás normas reglamentarias. Este régimen es diferente del consagrado para los contratos estatales regulados por la Ley 80 de 1993 o por los reglamentos de los organismos multilaterales de crédito, aunque se encuentren relacionados e incluso en condición de complementariedad. Por lo tanto, si bien los contratos financiados con recursos provenientes de organismos multilaterales de crédito pueden someterse a los reglamentos de tales entidades, permanecen sujetos a los principios y reglas del régimen presupuestal colombiano. **iii)** De conformidad con lo expuesto, al procedimiento administrativo contractual y al respectivo contrato financiado con recursos provenientes de organismos multilaterales de crédito, y sometidos a los reglamentos de tales organismos, les resulta inaplicable por regla general el Estatuto General de la Contratación Pública. Sin embargo, estarán sometidos al Estatuto Orgánico del presupuesto y, entre otras obligaciones, a la obtener el certificado de disponibilidad presupuestal, en cumplimiento del régimen presupuestal analizado en este concepto

FUENTE FORMAL: LEY 1150 DE 2007 – ARTÍCULO 20 / LEY 80 DE 1993 / DECRETO 111 DE 1996

CERTIFICADO DE DISPONIBILIDAD PRESUPUESTAL DE LOS CONTRATOS FINANCIADOS CON FONDOS PROVENIENTES DE ORGANISMOS MULTILATERALES – Oportunidad para su expedición

En cuanto a la oportunidad para expedir el certificado de disponibilidad, tanto el EOP, en su art. 71, como el art. 25 de la Ley 80 de 1993, consagran que este certificado debe expedirse en forma previa a la expedición del acto administrativo que afecte la apropiación presupuestal, como pueden ser los actos expedidos al inicio del proceso de contratación. (...) Es claro que el momento para expedir el certificado de disponibilidad presupuestal en relación con los contratos o convenios financiados con fondos provenientes de organismos multilaterales de crédito y sometidos sus reglamentos, debe ser en forma previa al inicio del proceso de selección de un contratista, en específico, a la invitación pública que se realice a terceros para presentar sus ofertas, en un determinado plazo y condiciones. De todas maneras, estas consideraciones deberán ser analizadas en cada caso concreto, según el contenido del reglamento del organismo multilateral que sea aplicable para el proceso de selección del contratista en Colombia, cuál es el acto a través del cual se inicia formalmente el proceso de selección del contratista. (...) Aunque en algunos procesos de contratación sometidos a los reglamentos de organismos multilaterales puede no regularse un acto formal de apertura del proceso, lo cierto es que sí existen reglas fijadas en un pliego de condiciones (aunque puedan tener otra denominación), que constituyen una manifestación de voluntad de la administración que produce efectos jurídicos, en la medida que las ofertas presentadas deben ajustarse a los plazos y condiciones

previstos en estos documentos, so pena de ser rechazadas. Por lo tanto, siempre que en los referidos procesos de selección exista un pliego de condiciones u otro documento que, independiente de su denominación, convoque a terceros a presentar sus propuestas y defina las reglas para su presentación y selección, y/o para la ejecución del contrato, existirá un acto administrativo obligatorio y vinculante para el proceso de selección del contratista. Por lo tanto, el CDP debe ser expedido en forma previa a este acto administrativo. Lo anterior, de conformidad con el art. 71 del EOP y en forma consonante con el art. 25 de la Ley 80 de 1993, y aunque no exista un acto de apertura formal para el inicio del proceso

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 – ARTÍCULO / DECRETO 111 DE 1996 – ARTÍCULO 71

ADQUISICIÓN DE BIENES Y OBRAS FINANCIADAS CON CRÉDITOS DEL BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO, BID – Proceso de selección / PROCESO DE LICITACIÓN PÚBLICA INTERNACIONAL Y DE LICITACIÓN PÚBLICA NACIONAL – Regla general para adquisición de bienes y obras financiadas con créditos del BID / LLAMADO A LICITACIÓN Y DOCUMENTOS DE LICITACIÓN – Manifestación de voluntad de la entidad / CERTIFICADO DE DISPONIBILIDAD PRESUPUESTAL – Oportunidad para su expedición cuando se abre licitación

Los procesos de Licitación Pública Internacional – LPI- y de Licitación Pública Nacional, que son la regla general para la Adquisición de bienes y obras financiados con créditos del BID y que se rigen por sus reglamentos, se inician formalmente con el Llamado a licitación, en el que se invita a los oferentes a presentar sus ofertas en los plazos y condiciones previstos en los Documentos de licitación. Por su parte, los documentos de licitación comprenden, entre otras: las instrucciones para la presentación de las ofertas; las condiciones contractuales, tanto generales como especiales del futuro contrato; las especificaciones y planos; la información técnica que corresponda; las listas de bienes o cantidades; el plazo de entrega de la oferta y los apéndices necesarios, tales como formularios de diversas garantías, y la base sobre la cual se debe evaluar y escoger la oferta evaluada. Así las cosas, el llamado a licitación y los documentos de licitación se constituyen en manifestaciones de voluntad de la entidad, que están llamados a producir efectos jurídicos, pues establecen los plazos y condiciones en los que se deben presentar las propuestas por parte de los oferentes. Por ende, el certificado de disponibilidad presupuestal deberá ser expedido de manera previa a la expedición de estos actos administrativos.

CERTIFICADO DE DISPONIBILIDAD PRESUPUESTAL – Oportunidad para su expedición cuando se invita a los oferentes a presentar propuestas / PROCESOS PARA SELECCIÓN DE CONSULTOR FINANCIADO CON RECURSOS DEL BID – Oportunidad para expedir CDP / PROCESO DE CONTRATACIÓN DIRECTA DE CONSULTOR – Oportunidad para expedir CDP

En los (...) procesos previstos para la adquisición de bienes y obras financiadas por el BID, que son de carácter excepcional, habrá que determinar si existe un documento en el que la entidad pública invita a los oferentes a presentar sus propuestas, con indicación de los plazos y reglas que deben cumplir para su presentación y selección, y/o las condiciones para la celebración y ejecución del contrato. De ser así, el certificado de disponibilidad presupuestal deberá ser expedido de manera previa a estos actos administrativos. Finalmente, la Sala

encuentra que, para los procesos de contratación directa, el certificado de disponibilidad presupuestal debe ser expedido de manera previa al momento en el que se inicia el proceso de negociación para la Adquisición de Bienes y Obras financiadas por el BID (...) Por regla general, los procesos de selección de un consultor financiados con recursos del BID y en los que se aplican los reglamentos de estos organismos, se adelantan a través de la modalidad de Selección Basada en la calidad y el Costo (SBCC) o a través de otras modalidades en las que se aplican las reglas generales de este proceso. Estos procesos inician formalmente con la Solicitud de Propuestas, en los que se invita a los consultores de la lista elaborada por la entidad pública, a presentar sus ofertas en los plazos y condiciones previstos en los documentos que acompañan la Solicitud de Propuestas. En consecuencia, el certificado de disponibilidad presupuestal deberá ser expedido de manera previa a la expedición de este acto administrativo. Por su parte, para los procesos de selección a los que no se aplican las reglas generales del proceso de selección basada en la calidad y el costo (SBCC), como sucede con el proceso de selección basado en las calificaciones de los consultores, habrá que determinar si existe algún documento (como puede ser la Solicitud de Propuesta Técnica), que determine los plazos y las reglas que deben cumplir los oferentes para la presentación de sus ofertas, así como para su selección, y/o para la celebración y ejecución del contrato. De ser así, el certificado de disponibilidad presupuestal deberá ser expedido de manera previa a este acto administrativo. Finalmente, la Sala encuentra que, para los procesos de contratación directa de un consultor, el certificado de disponibilidad presupuestal debe ser expedido de manera previa al momento en el que se inicia el proceso de negociación para la contratación

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero ponente: EDGAR GONZÁLEZ LÓPEZ

Bogotá, D.C., veinticinco (25) de septiembre de dos mil dieciocho (2018)

Radicación número: 11001-03-06-000-2018-00129-00(2389)

Actor: MINISTERIO DE HACIENDA

El Ministro de Hacienda formula a la Sala una consulta, con el propósito de que se absuelvan algunos interrogantes relacionados con el momento en el que debe ser expedido el Certificado de Disponibilidad Presupuestal –CDP- para iniciar procesos de contratación financiados con recursos de organismos multilaterales de crédito.

I. ANTECEDENTES

En el escrito de consulta se hace un recuento de los siguientes hechos y consideraciones:

1. Mediante oficio del 22 de mayo de 2018, la Contraloría General de la República y la Procuraduría General de la Nación, de manera conjunta, solicitaron al Ministerio de Hacienda realizar la presente consulta.

2. Esta solicitud tiene origen en la diferencia de criterios que se han planteado por parte de la Subdirección Administrativa y Financiera del Ministerio de Hacienda y por Colombia Compra Eficiente, sobre el momento oportuno para que una entidad estatal expida el Certificado de Disponibilidad Presupuestal (en adelante CDP) en los procesos de contratación financiados con recursos de crédito provenientes de organismos multilaterales y que han ingresado al Presupuesto General de la Nación.

3. Destaca el Ministerio que, de acuerdo con el art 6 de la Ley 80 de 1993, es claro que el momento en que debe expedirse el CDP es la fecha de inicio del correspondiente proceso de selección del contratista, el cual depende a su vez de la respectiva modalidad de selección de que se trate.

4. Sin embargo, a su consideración, esta claridad no abarca un supuesto específico que se deriva de la posibilidad de que “los contratos o convenios financiados con fondos de los organismos multilaterales de crédito y entes gubernamentales extranjeros, puedan someterse a los reglamentos de tales entidades”, de conformidad con en el inciso 2º del art. 20 de la Ley 1150 de 2007.

5. Los reglamentos de contratación a los que se refiere el art. 20 ibídem, por regla general no contemplan un acto de apertura o de resolución de apertura de un proceso de contratación, y por ende no es claro cuál es el momento exacto en el que debe ser expedido el certificado de disponibilidad presupuestal.

6. Frente a este supuesto, resalta el Ministerio de Hacienda y Crédito Público dos conceptos emitidos sobre esta particular y dirigidos al BID.

Por una parte, el concepto de Colombia Compra Eficiente, el cual considera que en el caso consultado, el CDP se requiere en la oportunidad en que de acuerdo con el procedimiento o reglamento del BID se abre formalmente el proceso de contratación, que en este caso ocurre al momento de adjudicación del contrato.

Por otra, el concepto del Ministerio de Hacienda, en el que se concluye que, como los recursos provenientes de empréstitos deben incorporarse al presupuesto general de la Nación, la afectación del respectivo rubro presupuestal requerirá de la existencia previa de un certificado de disponibilidad presupuestal.

7. Con base en las anteriores consideraciones, el Ministro de Hacienda formuló las siguientes preguntas:

1. ¿Cuál es el momento en el que debe expedirse el CDP para los procesos de selección que se financian con recursos de la Banca Multilateral y se rigen por su normatividad?

2. ¿Existe o no existe posibilidad legal, para que las entidades que contraten con cargo a recursos de crédito provenientes de este mismo organismo e incorporados al presupuesto General de la Nación, procedan a emitir el CDP no al iniciar el proceso de selección sino cuando se notifique la adjudicación al proponente?

8. Por solicitud del Magistrado Ponente, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público allegó al expediente de esta consulta los siguientes documentos:

a. La solicitud presentada por la Contraloría General de República y la Procuraduría General de la Nación al Ministro de Hacienda y Crédito Público, para que se estudie la posibilidad de elevar la presente consulta a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado. Documento de fecha 22/05/2018, identificado con el No 1-2018-044578.

Los anexos de la referida solicitud, en especial, el concepto emitido por Colombia Compra Eficiente, de fecha 10/12/2017 y radicado No 2201713000007623, y el concepto de la Dirección General de Presupuesto del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, de fecha 16 de diciembre de 2017.

b. Copia de la Circular BID/FMP/CCO-01/2017, emitida por el BID para los organismos ejecutores de Operaciones Financiadas por este Banco en Colombia.

9. Del concepto emitido por Colombia Compra Eficiente, la Sala destaca las siguientes consideraciones:

“PRIMER PROBLEMA PLANTEADO.

“De conformidad con el Estatuto de Contratación Estatal, ¿A partir de qué momento la Entidad contratante debe contar con (expedir) el Certificado de Disponibilidad Presupuestal para adelantar un proceso de Contratación?

• *COLOMBIA COMPRA EFICIENTE RESPONDE.*

La Ley 80 de 1993 estableció como uno de los requisitos para adelantar cualquier proceso de selección, contar con el certificado de disponibilidad presupuestal.

(...)

En consecuencia, cualquiera que sea el procedimiento de contratación que emplee la administración, para iniciarlo deberá contar con disponibilidad presupuestal suficiente para asumir la futura obligación de pago.

SEGUNDO PROBLEMA PLANTEADO

¿A partir de qué momento la Entidad contratante debe contar con (o expedir) el Certificado de Disponibilidad Presupuestal para adelantar un Proceso de Contratación en el marco de la normatividad del BID)

(...)

El momento en el que la Entidad contratante debe contar con (o expedir) el Certificado de Disponibilidad Presupuestal para adelantar Proceso de Contratación que se rige por la normatividad BID, dependerá de la oportunidad en la que de acuerdo con el procedimiento y/o reglamento de dicha normatividad la Entidad Estatal da apertura formal al Proceso y/o manifiesta de manera irrevocable su voluntad de realizar la adquisición en las condiciones consignadas en los términos de referencia, esto es, el momento a partir del cual la Entidad Estatal no puede desistir del Proceso de Contratación.

(...) en el marco de la normatividad del BID, la disponibilidad presupuestal debería exigirse al momento de la notificación de la adjudicación del contrato con el propósito de garantizar la disponibilidad de los recursos asignados al negocio jurídico, toda vez que en la normatividad BID no existe acto formal de apertura del proceso de contratación que vincule jurídicamente al BID a partir de su expedición”.

(...)

1. De acuerdo con la Circular BID-FMP-01/2017 los procesos de contratación pueden suspenderse o cancelarse en cualquier etapa del proceso, antes de la notificación de la adjudicación del contrato, considerando que mediante esta notificación el organismo executor adquiere el compromiso con el oferente/contratista en los términos y condiciones de los contratos a suscribirse y las propuestas correspondientes.

2. En este orden de ideas, las políticas para la Adquisición de Bienes y Obras GN-2349-9 y para la selección y contratación de Consultores GN-2350-9 del Banco Interamericano de Desarrollo, no establecen un acto o resolución de apertura a partir de cuya expedición se obligue la Entidad a culminar el Proceso de Contratación. El aviso general de Adquisiciones, los Anuncios específicos de Adquisiciones, el llamado a licitación, son documentos de licitación tenientes (sic) a dar publicidad al proceso informando a los interesados los aspectos básicos de la convocatoria, pero no comprometen a la Entidad a llevar a cabo la adjudicación, siendo dichos documentos asimilables al aviso de convocatoria que se publica con el proyecto de pliego de condiciones en el marco del Estatuto de Contratación Estatal colombiano”.

Subraya la Sala

10. Del concepto emitido por la Dirección General del Presupuesto del Ministerio de Hacienda, la Sala destaca las siguientes consideraciones:

“1. Principio de legalidad del presupuesto público.

(...) En la legislación colombiana, el principio de legalidad también involucra la incorporación de ingresos y de los gastos en el presupuesto, vale decir, para incluir estos recursos en la ley anual debe establecerse el monto de ingresos, y del otro lado, las erogaciones como una autorización máxima de gastos a los órganos que lo conforman, todo lo cual se sujeta en todo caso, a los títulos jurídicos consagrados en el inciso del artículo 346 de la Constitución Política.

(...)

3. Aforo presupuestal de los recursos provenientes del crédito externo suscritos con la Banca Multilateral.

El aforo presupuestal obedece a que tal como se ha explicado, en la legislación Colombiana el principio de legalidad se traduce en la incorporación de ingresos en el presupuesto y para incluir estos recursos en la ley anual del presupuesto se debe establecer el monto de estos ingresos.

En este sentido, el artículo 3 del Estatuto Orgánico del Presupuesto ha definido como recursos de capital los recursos del crédito externo.

Así, en el nivel nacional, los contratos de empréstitos, en la medida en que sean recursos de crédito con vencimiento mayor a un año, de acuerdo con los cupos autorizados por el congreso, estarían comprendidos dentro de los recursos de capital y, por ende, formarían parte del presupuesto de rentas del Presupuesto General de la Nación.

(...)

4. Dado que el principio de legalidad se traduce en la incorporación de ingresos y gastos en el presupuesto; vale decir, para incluir estos recursos en la ley anual de presupuesto debe establecerse su monto, de otro lado, las erogaciones como una autorización máxima de gasto a los órganos que lo conforman; todo lo cual se sujeta a los títulos jurídicos consagrados en el inciso segundo del artículo 346 de la Constitución Política¹⁴ y en el artículo 38 del Estatuto Orgánico del Presupuesto (Decreto 111 de 1996).

De lo expuesto se infiere que las apropiaciones incluidas en el presupuesto, deben contar con un título constitutivo de gasto, en los términos previstos en la Constitución Política y en el mencionado Estatuto Orgánico.

Así mismo, el pluricitado Estatuto establece:

“Artículo 71.- Todos los actos administrativos que afecten las apropiaciones presupuestales deberán contar con certificados de disponibilidad previos que garanticen la existencia de apropiación suficiente para atender estos gastos.

(...)

De la norma orgánica no sobra observar que el CDP es una operación administrativa, que acompaña y materializa el acto administrativo.

Por su parte, el Decreto 1068 de 2015, “Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Hacienda y Crédito Público”, define el certificado de disponibilidad de la siguiente manera:

“Artículo 2.8.1.7.2.- El certificado de disponibilidad es el documento expedido por el jefe de presupuesto o quien haga sus veces con el cual se garantiza la existencia de apropiación presupuestal disponible y libre de afectación para la asunción de compromisos.

Este documento afecta preliminarmente el presupuesto mientras se perfecciona el compromiso y se efectúa el correspondiente registro presupuestal. En consecuencia, los órganos deberán llevar un registro de éstos que permita determinar los saldos de apropiación disponible para expedir nuevas disponibilidades.” (Art. 19 Decreto 568 de 1996)

Adicionalmente, la Resolución 036 del 7 de mayo de 1998, “Por la cual se determinan algunas normas y procedimientos sobre registros presupuestales, suministro de información y su sistematización del Presupuesto General de la Nación”, indica:

“ARTÍCULO 2. El proceso de afectación del Presupuesto se efectuará teniendo en cuenta las siguientes etapas:

A. Expedición del correspondiente certificado de disponibilidad por el jefe de presupuesto del órgano respectivo o quién haga sus veces, previo a la adquisición del compromiso.

(...)

5. Aplicación de los reglamentos de la Banca Multilateral a los contratos que administran recursos públicos y que provienen del crédito externo.

Si bien es cierto que en un principio el artículo 13 de la Ley 80 de 1993, permitía que las entidades públicas colombianas se sujetaran a los reglamentos de los organismos multilaterales, cuando sus contratos se financiaban por organismos tales como el Banco Mundial, el mismo BID, y otros, (...) la Corte Constitucional se apartó de esta interpretación literal del artículo 13 y declaró la exequibilidad condicionada del inciso 4.

(...)

En la parte considerativa del fallo se explica que los contratos de administración de recursos provenientes de la Banca Multilateral deben ser aforados presupuestalmente...

Al tenor de lo dispuesto en el art. 71 el Estatuto Orgánico del Presupuesto y las normas que lo reglamentan, todos los actos administrativos que afecten una apropiación presupuestal debe (sic) contar previamente con certificado de disponibilidad presupuestal.

En el ordenamiento jurídico colombiano, todos los actos administrativos que impulsen los procesos de selección en una determinada contratación estatal y que afecten una apropiación presupuestal deben expedir certificado de disponibilidad presupuestal.

11. Por su parte, la Circular BID/FMP/CCO-01/2017, emitida por el BID, para los organismos ejecutores de Operaciones Financiadas por este Banco en Colombia, señala:

“De acuerdo con las políticas de adquisiciones (GN-2349-9 y GN-2350-9) del BID, los procesos de contratación pueden suspenderse o cancelarse en cualquier etapa del proceso antes de la notificación de la adjudicación del contrato, considerando que mediante esta notificación el organismo ejecutor, adquiere el compromiso con el oferente contratista, en los términos y condiciones de los contratos a suscribirse y las propuestas correspondientes”.

12. Del escrito de la Contraloría General de República y de la Procuraduría General de la Nación, la Sala evidencia que la presente consulta tiene origen en las inquietudes planteadas por el Banco Interamericano de Desarrollo a las citadas entidades, las cuales consideran que no son competentes para pronunciarse sobre estas materias, y que es la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado la que puede pronunciarse sobre el tema.

II. CONSIDERACIONES

A. Problema jurídico

Del contexto fáctico y normativo de la consulta y de las preguntas formuladas por el Ministerio de Hacienda, se extrae el siguiente problema jurídico:

¿Ante la ausencia de norma especial en la materia, cuál es el momento en el que debe expedirse el CDP para los procesos de selección que se financian con recursos de los organismos multilaterales y se rigen por su normatividad?

B. Análisis jurídico.

Para resolver el problema jurídico enunciado, la Sala considera necesario analizar los siguientes aspectos: **I.** El régimen del CDP contenido en la Constitución y en el Estatuto Orgánico del Presupuesto. **II.** El régimen del CDP contenido en el Estatuto de la Contratación Pública. **III.** Aplicación de estos regímenes a los contratos financiados con fondos de organismos multilaterales.

Consideraciones previas

Parte la Sala de lo manifestado por la entidad consultante, en el sentido que los interrogantes formulados en la consulta se refieren exclusivamente a los contratos financiados con recursos provenientes de organismos multilaterales que son incorporados al Presupuesto General de la Nación.

Al respecto, es importante destacar que el art. 31 del Estatuto Orgánico del Presupuesto¹, establece:

*“**ARTÍCULO 31.** Los recursos de capital comprenderán: los recursos del balance, los recursos del crédito interno y externo con vencimiento mayor a un año de acuerdo con los cupos autorizados por el Congreso de la República, los rendimientos financieros, el diferencial cambiario originado por la monetización de los desembolsos del crédito externo y de las inversiones en moneda extranjera, las donaciones, el excedente financiero de los establecimientos públicos del orden nacional y de las empresas industriales y comerciales del Estado del orden nacional, y de las sociedades de economía mixta con el régimen de aquéllas, sin perjuicio de la autonomía que la Constitución y la ley les otorga, y las utilidades del Banco de la República, descontadas las reservas de estabilización cambiaria y monetaria”.*

Subraya la Sala

De conformidad con esta disposición, los recursos provenientes de créditos de organismos multilaterales - como el BID –, con vencimiento mayor de un año², entran al Presupuesto General de la Nación y están sujetos al Estatuto Orgánico del Presupuesto³.

En consecuencia, estos recursos deben ser objeto de la respectiva apropiación presupuestal, con base en las cuales las entidades públicas atenderán los compromisos adquiridos durante la respectiva vigencia fiscal.

¹ Decreto 111 de 1996.

² Si un recurso de crédito tiene un plazo menor a un año se considera recurso de tesorería y no es apto para financiar un nuevo gasto público. Cfr. Eumet. Net. Enciclopedia virtual. Consultada el 13 de julio de 2018. Disponible en la página web <http://www.eumed.net/libros-gratis/2008c/465/FONDOS%20ESPECIALES%20Y%20RECURSOS%20DE%20CAPITAL.htm>.

³ Así lo concluye también el Ministerio de Hacienda en concepto del 26 de diciembre de 2017, en el cual se pronunció sobre los asuntos de esta consulta.

Justamente, sobre la apropiación presupuestal de los recursos provenientes de créditos internos y externos, el art. 11 del Decreto 0568 de 1996 dispone:

Art. 11.- Los recursos del crédito interno y externo con vencimiento mayor a un año se incorporaran al Presupuesto General de la Nación de acuerdo con los cupos autorizados por el Congreso de la Republica y las estimaciones de la Dirección General de Crédito Publico del Ministerio de Hacienda.

Por su parte, en la Sentencia C-294 de 2004, mediante la cual la Corte Constitucional declaró exequible lo dispuesto en el inciso cuarto del art. 13 de la Ley 80 de 1993, hoy contenido en el art. 20 de la Ley 1150 de 2007, relativo a la posibilidad de que los contratos financiados con fondos provenientes de créditos de organismos multilaterales se sometan a los reglamentos de tales organismos, precisó:

*“Como bien se puede inferir, desde el punto de vista de los recursos vinculados a la contratación estatal, este inciso se refiere **con exclusividad a los ingresos percibidos por el Tesoro Público de parte de entes u organismos internacionales**. Por lo mismo, este inciso es enteramente inaplicable en relación con aquellos contratos relativos a recursos del presupuesto general de la Nación o de los presupuestos territoriales, cuando tales recursos no correspondan a donaciones o empréstitos. Así por ejemplo, **este inciso resulta inaplicable en relación con los contratos de administración de recursos estatales que las autoridades competentes no hayan aforado legalmente a título de donación o empréstito.** Por lo tanto, al decir la norma que los respectivos contratos, “(...) podrán someterse a los reglamentos de tales entidades en todo lo relacionado con procedimientos de formación y ejecución y cláusulas especiales de ejecución, cumplimiento, pago y ajustes”.*

Subraya la Sala

De conformidad con lo expuesto, es posible concluir que los recursos provenientes de organismos multilaterales y dirigidos al financiamiento de contratos estatales deben ser aforados legalmente en el Presupuesto General de la Nación y ser objeto de las respectivas apropiaciones presupuestales, con el propósito de dar certeza sobre los recursos con que cuenta la Administración para atender de manera cumplida sus obligaciones durante la respectiva vigencia fiscal.

En este sentido, es importante advertir que en nuestro ordenamiento, la regulación relativa al Certificado de Disponibilidad Presupuestal (en adelante CDP) en materia contractual reposa sobre dos grande grupos de normas, que corresponden a instituciones diferentes, aunque relacionadas⁴: i) El régimen del

⁴ Sobre esta dicotomía regulatoria Cfr. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del doce (12) de agosto de dos mil catorce (2014), donde al respecto se señala: *Es inocultable la conexión material que existe entre el régimen de contratación estatal y el régimen presupuestal; la relación es tan fuerte que ha sido una constante en los estatutos de contratación que ha tenido el país. Por ende, su regulación no ha sido del resorte exclusivo de la ley de presupuesto, porque todas las leyes de contratación pública han regulado parcialmente el tema⁴. Parte de la importancia consiste en que a través de los contratos se ejecuta la mayor parte del presupuesto público, representando otra suma importante el pago de la deuda pública –que se adquiere por medio de contratos de crédito- y los gastos de funcionamiento –incluye salarios y prestaciones sociales-. Esta simple proporción refleja la importancia que tiene el presupuesto para la contratación estatal y, a la inversa, la contratación estatal para el presupuesto.*

No obstante reconocerse esta realidad jurídico-administrativa, la relación entre estos grandes regímenes del derecho administrativo –contratación y presupuesto- no siempre es pacífica, aunque sí necesaria, toda vez que en muchos casos entran en conflicto -y muy serios-, porque uno exige

CDP contenida en la Constitución y en el Estatuto Orgánico del Presupuesto y, ii) El régimen del CDP en el Estatuto de Contratación Pública.

Por esta razón, para adelantar el análisis de los interrogantes planteados a la Sala, sobre la oportunidad en la que debe ser expedido el certificado de disponibilidad presupuestal en relación con los contratos financiados con recursos provenientes de organismos multilaterales y que se someten a los reglamentos de tales organismos, se hará referencia a cada uno de estos regímenes.

I. El régimen del CDP contenido en la Constitución y en el Estatuto Orgánico del Presupuesto.

Varias disposiciones de naturaleza constitucional y legal integran el régimen orgánico del presupuesto público. A continuación se aborda su análisis, pero desde la perspectiva exclusiva de la disponibilidad presupuestal y su incidencia en materia contractual.

1. El principio de legalidad del gasto público, y el concepto y objetivos del certificado de disponibilidad presupuestal (CDP), de conformidad con la Constitución Política.

Los artículos 345, 346⁵ y 352⁶ de la Constitución Política consagran los principios esenciales del Presupuesto Público, que por lo tanto gobiernan el régimen presupuestal contenido en el Estatuto Orgánico del Presupuesto (EOP)⁷.

para su perfecta funcionalidad posibilidades de acción que al otro le dificultan la suya. Por ejemplo, el manejo anualizado del presupuesto es un gran sistema de administración de los ingresos y los egresos; pero en la contratación el año calendario no está asociado a la ejecución normal de las obras, a la entrega de bienes o a la prestación de servicios.

En este sencillo ejemplo se advierte una tensión entre el sistema presupuestal y el sistema contractual, de allí que el legislador, en su labor de configuración del ordenamiento jurídico, tiene el deber de construir cada uno con el mayor refinamiento y precisión posible, para que ambos cumplan la finalidad de interés general que les corresponde proteger. No obstante, si no es posible armonizarlos, no cabe duda que la ley sacrificará, en mucho o en poco, las pretensiones de eficiencia total de un sistema en detrimento del otro, privilegiando la lógica de funcionamiento de alguno. Esto produce, en principio, un resentimiento en el método de proceder del sistema jurídico afectado, pero mientras no sea inconstitucional le corresponde asumir la carga de subordinarse a la razón de su contradictor.

Las ideas anteriores explican mejor por qué los arts. 25.6, 25.13 y 41 de la Ley 80, regulan aspectos que -sin duda- pertenecen al sistema presupuestal público, pero relacionados íntimamente con la contratación estatal. Se trata de disposiciones relacionadas con el valor del contrato y la forma de pago”.

⁵ Artículo 346. El Gobierno formulará anualmente el presupuesto de rentas y ley de apropiaciones, que será presentado al Congreso dentro de los primeros diez días de cada legislatura. El presupuesto de rentas y ley de apropiaciones deberá elaborarse, presentarse y aprobarse dentro de un marco de sostenibilidad fiscal y corresponder al Plan Nacional de Desarrollo.

En la Ley de Apropiaciones no podrá incluirse partida alguna que no corresponda a un crédito judicialmente reconocido, o a un gasto decretado conforme a ley anterior, o a uno propuesto por el Gobierno para atender debidamente el funcionamiento de las ramas del poder público, o al servicio de la deuda, o destinado a dar cumplimiento al Plan Nacional de Desarrollo.

Las comisiones de asuntos económicos de las dos cámaras deliberarán en forma conjunta para dar primer debate al proyecto de Presupuesto de Rentas y Ley de Apropiaciones.

Subraya la Sala

⁶ “Artículo 352. Además de lo señalado en esta Constitución, la Ley Orgánica del Presupuesto regulará lo correspondiente a la programación, aprobación, modificación, ejecución de los presupuestos de la Nación, de las entidades territoriales y de los entes descentralizados de

La primera de las normas citadas dispone lo siguiente:

"ARTICULO 345. *En tiempo de paz no se podrá percibir contribución o impuesto que no figure en el presupuesto de rentas, ni hacer erogación con cargo al Tesoro que no se halle incluida en el de gastos.*

Tampoco podrá hacerse ningún gasto público que no haya sido decretado por el Congreso, por las asambleas departamentales, o por los concejos distritales o municipales, ni transferir crédito alguno a objeto no previsto en el respectivo presupuesto."

Subraya la Sala

Como lo ha sostenido la Corte Constitucional⁸, esta disposición consagra el principio de la legalidad del gasto público, definido por la misma corporación como la concreción en el campo fiscal del principio de legalidad de la actuación pública y fundamento del Estado de Derecho, el cual encuentra sus bases constitucionales, entre otros, en los artículos 121⁹ y 122¹⁰ de la Carta Política.

De manera adicional, ha establecido la Corte que el concepto de disponibilidad presupuestal se constituye en un instrumento protector del principio constitucional de la legalidad del gasto público, así:

[En relación con la exigencia de disponibilidad presupuestal, ella hace parte del principio de legalidad del gasto público, establecido en los artículos 345, 346 y 347 de la Constitución Política, (...) la disponibilidad se concibe como un instrumento mediante el cual se busca prevenir o evitar que el gasto sea realizado por encima del monto máximo autorizado por la correspondiente ley anual de presupuesto durante su ejecución. (...)]

Sobre el particular, conviene reiterar igualmente, lo ya expresado por esta Corporación en la Sentencia No. C-308 de 1994. MP. Dr. Antonio Barrera Carbonell, donde se afirmó:

"En virtud del principio de legalidad, la destinación de recursos públicos a objetivos no previstos por la ley es contraria a derecho y no puede cumplirse por ningún organismo o persona que administre recursos públicos, y mucho menos por personas privadas que los administren como colaboradores del Estado. El principio de legalidad es demasiado inflexible para condescender con el manejo a discreción de los recursos públicos, bien sea por las autoridades oficiales o por los particulares". (...)

De conformidad con lo anterior, la disponibilidad presupuestal constituye un elemento que permite que el principio de legalidad, dentro de un análisis

cualquier nivel administrativo, y su coordinación con el Plan Nacional de Desarrollo, así como también la capacidad de los organismos y entidades estatales para contratar".

⁷ Decreto 111 de 1996, por medio del cual se compilaron las Leyes 38 de 1989, 179 de 1994 y 225 de 1995

⁸ Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-073 de 1993.

⁹ "Artículo 121. Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley".

¹⁰ "Artículo 122. No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente. Ningún servidor público entrará a ejercer su cargo sin prestar juramento de cumplir y defender la Constitución y desempeñar los deberes que le incumben. (...)"

sistemático, consagrado dentro del sistema presupuestal colombiano, pueda cumplirse y hacerse efectivo.

(...) los objetivos de la disponibilidad son la protección de los recursos públicos para facilitar la realización de los fines estatales, los cuales no se podrían alcanzar si los ordenadores del gasto de las entidades públicas pudieran ejecutar sumas superiores a las disponibles, constituyéndose en una garantía para que los recursos incorporados en los presupuestos sean suficientes para atender los gastos y obligaciones contraídas por el Estado. No sería posible entonces efectuar una correcta ejecución presupuestal si no hay disponibilidad, porque sin ella se ejecutarían partidas por encima de las presupuestadas, en perjuicio de otras que no podrían efectuarse. El objetivo de la norma no es otro que garantizar el pago de la prima técnica a que hace referencia el decreto parcialmente acusado”¹¹.

Subraya la Sala

Así las cosas, de acuerdo con el marco constitucional del presupuesto público colombiano y su interpretación por parte de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, el deber de contar con disponibilidad de recursos para asumir un gasto o una obligación por parte de una entidad del Estado, es una expresión del principio de legalidad del gasto público que se enmarca en el mandato constitucional de legalidad de las actuaciones públicas y que permea todo el régimen presupuestal regulado por el Estatuto Orgánico del Presupuesto.

Por lo tanto, de conformidad con el marco constitucional del presupuesto público, existe el deber de las entidades públicas de contar con un certificado de disponibilidad presupuestal de forma previa a la asunción obligaciones o compromisos de carácter contractual, como una garantía de la existencia de recursos suficientes para atender los gastos y obligaciones que serán contraídos por el Estado.

2. El régimen presupuestal del CDP en el Estatuto Orgánico del Presupuesto y sus disposiciones reglamentarias.

Ahora bien, de las normas legales y reglamentarias que consagran y desarrollan los principios de legalidad del gasto y disponibilidad de recursos se destaca, en primer lugar, el art. 19 del Decreto 568 de 1996¹², que dispone:

“VII. DE LA EJECUCION DEL PRESUPUESTO.

Artículo 19. El certificado de disponibilidad es el documento expedido por el jefe de presupuesto o quien haga sus veces con el cual se garantiza la existencia de apropiación presupuestal disponible y libre de afectación para la asunción de compromisos.

Este documento afecta preliminarmente el presupuesto mientras se perfecciona el compromiso y se efectúa el correspondiente registro presupuestal. En consecuencia, los órganos deberán llevar un registro de

¹¹ Corte Constitucional. Sentencia C - 018 de 1996.

¹² Decreto por el cual se reglamentaron las Leyes 38 de 1989, 179 de 1994 y 225 de 1995 Orgánicas del Presupuesto General de la Nación, posteriormente compiladas en el Decreto 111 de 1996.

éstos que permita determinar los saldos de apropiación para expedir nuevas disponibilidades”.

De acuerdo con esta definición, el certificado de disponibilidad presupuestal es el instrumento a través del cual la administración asegura la existencia de recursos necesarios para asumir sus obligaciones futuras; garantiza que estas no excederán los límites de gastos previstos para una determinada vigencia fiscal, y permite organizar presupuestalmente a la entidad pública, pues expedido el certificado de disponibilidad presupuestal que afecta provisionalmente su presupuesto, la entidad sabe con qué recursos cuenta para poder expedir nuevas disponibilidades presupuestales e iniciar otros procesos de contratación.

Por otra parte, el certificado de disponibilidad presupuestal también otorga certeza a los administrados sobre los recursos con los cuales cuenta la administración para atender de manera cumplida sus obligaciones.

De manera adicional, la norma transcrita evidencia la diferencia existente entre el “certificado de disponibilidad presupuestal” y el “registro presupuestal”, así: mientras el primero se expide con el fin de garantizar la existencia de recursos suficientes para asumir un compromiso futuro y se expide con anterioridad al mismo afectando de manera provisional el presupuesto, el segundo se expide cuando se va a adquirir y se perfecciona un compromiso a través de un acto administrativo de carácter unilateral y se afecta de manera definitiva el presupuesto.

En efecto, en relación con este último el art. 20 del Decreto 568 de 1996 establece:

Art. 20.- El registro presupuestal es la operación mediante la cual se perfecciona el compromiso y se afecta en forma definitiva la apropiación, garantizando que ésta no será desviada a ningún otro fin. En esta operación se debe indicar claramente el valor y el plazo de las prestaciones a las que haya lugar.

Por su parte, en relación con el certificado de disponibilidad presupuestal y con el registro presupuestal, el art. 71 del Estatuto Orgánico del Presupuesto¹³, establece:

“ARTÍCULO 71. Todos los actos administrativos que afecten las apropiaciones presupuestales deberán contar con certificados de disponibilidad previos que garanticen la existencia de apropiación suficiente para atender estos gastos.

Igualmente, estos compromisos deberán contar con registro presupuestal para que los recursos con él financiados no sean desviados a ningún otro fin. En este registro se deberá indicar claramente el valor y el plazo de las prestaciones a las que haya lugar. Esta operación es un requisito de perfeccionamiento de estos actos administrativos.

En consecuencia, ninguna autoridad podrá contraer obligaciones sobre apropiaciones inexistentes, o en exceso del saldo disponible, o sin la autorización previa del Confis o por quien éste deleque, para comprometer vigencias futuras y la adquisición de compromisos con cargo a los recursos del crédito autorizados.

Para las modificaciones a las plantas de personal de los órganos que conforman el presupuesto general de la Nación, que impliquen incremento en

¹³ Decreto 111 de 1996.

los costos actuales, será requisito esencial y previo la obtención de un certificado de viabilidad presupuestal, expedido por la dirección general del presupuesto nacional en que se garantice la posibilidad de atender estas modificaciones.

Cualquier compromiso que se adquiriera con violación de estos preceptos creará responsabilidad personal y pecuniaria a cargo de quien asuma estas obligaciones (L. 38/89, art. 86. 179/94, art. 49”.

Subraya la Sala

Esta norma ha sido analizada en reiteradas ocasiones por la Sección Tercera de esta Corporación, al estudiar los requisitos de perfeccionamiento de los contratos estatales.

Al respecto, en un primer momento se manifestó:

“Si bien, la norma antes transcrita hace alusión al perfeccionamiento de “actos administrativos”, la misma ha de entenderse (sic) hecha en sentido genérico y no reducida a los actos administrativos unilaterales; por lo tanto, en ella deben incluirse tanto los unilaterales como los bilaterales, ya que dicha disposición no hace distinción alguna, (...)

En consecuencia, a términos (sic), de las normas antes transcritas, se deduce, que el perfeccionamiento de los contratos estatales se produce con el registro presupuestal de los mismos, luego de que las partes hayan expresado, por escrito, su consentimiento acerca del objeto y las respectivas contraprestaciones”¹⁴.

De conformidad con estas consideraciones, el inciso 2 del art. 71 del EOSF, relativo a la obligación de contar con registro presupuestal como requisito de perfeccionamiento del compromiso asumido a través de un acto administrativo, debería entenderse aplicable a los contratos estatales.

Sin embargo, en sentencias posteriores de la misma corporación, prevaleció la tesis según la cual los contratos estatales nacen a la vida jurídica cuando se cumplen las condiciones previstas en el primer inciso del artículo 41 de la Ley 80 de 1993¹⁵, esto es, cuando se logre el acuerdo sobre el objeto y la contraprestación del negocio y este se eleve por escrito. Para el efecto, se precisa que lo dispuesto en el art. 71 del EOP en relación con la exigencia de contar con registro presupuestal como requisito de perfeccionamiento de los actos administrativos, no se extiende al ámbito contractual. Lo anterior, bajo la

¹⁴ Consejo de Estado. Sección Tercera. Auto del 27 de enero de 2000. Exp. 14935. Consejo de Estado. Sentencia Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del veintitrés (23) de junio de dos mil cinco (2005). Rad. No 07001-23-31-000-1995-00216-01(12846).

¹⁵ “ARTÍCULO 41. DEL PERFECCIONAMIENTO DEL CONTRATO. Los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito.

<Inciso modificado por el artículo 23 de la Ley 1150 de 2007. El nuevo texto es el siguiente:> Para la ejecución se requerirá de la aprobación de la garantía y de la existencia de las disponibilidades presupuestales correspondientes, salvo que se trate de la contratación con recursos de vigencias fiscales futuras de conformidad con lo previsto en la ley orgánica del presupuesto. El proponente y el contratista deberán acreditar que se encuentran al día en el pago de aportes parafiscales relativos al Sistema de Seguridad Social Integral, así como los propios del Sena, ICBF y Cajas de Compensación Familiar, cuando corresponda”.

consideración de que el inciso segundo del art. 71 ibídem solo es aplicable a los actos administrativos de carácter unilateral¹⁶.

En específico, en Sentencia del 28 de septiembre de 2006, la Sección Tercera de esta Corporación señaló lo siguiente:

“A diferencia de lo afirmado en las precitadas providencias, la Sala considera que el Estatuto Orgánico de Presupuesto no modificó la ley 80 de 1993 en cuanto a los requisitos de existencia del contrato estatal, por las siguientes razones:

3. Cuando el Estatuto Orgánico de Presupuesto alude a los actos administrativos no se refiere al contrato estatal.

El contrato estatal no es una especie de acto administrativo, pues aunque los dos sean actos jurídicos, el primero es esencialmente bilateral en tanto que el segundo es eminentemente unilateral. Lo que permite afirmar, como acertadamente lo hace Gordillo, que: “El contrato es una construcción demasiado específica Goma para subsumirla fácil y totalmente dentro de la categoría genérica de los actos jurídicos administrativos”¹⁷

Subraya la Sala

Estas consideraciones fueron reiteradas en época más reciente en la Sentencia del 12 de Agosto de 2014, así¹⁸:

“(…) no es correcta aquella posición que señalaba que el art. 41 fue modificado por el artículo 71 del Decreto 111 de 1996 -que estableció que los actos administrativos que involucren gastos se perfeccionan con el registro presupuestal-, porque, de un lado, se refiere al perfeccionamiento de los “actos administrativos” –inciso primero-, no al de los contratos estatales, de allí que no es pertinente aplicarla a una institución o figura completamente distinta, como es la contratación estatal. En efecto, los contratos estatales no son actos administrativos, por esta razón la norma no le aplicaba. En tal sentido, un acto administrativo es una declaración unilateral de voluntad, amén de las otras características, al paso que los contratos son, por definición, actos bilaterales, de manera que por este sólo presupuesto falla la identificación de estas dos formas de manifestación de la voluntad de la administración”.

Subraya la Sala

Cabe destacar que estos pronunciamientos están dirigidos a señalar que el registro presupuestal exigido por el inciso 2 del art. 71 del EOP como requisito de perfeccionamiento de los actos administrativos, no se extiende a los contratos estatales, pues estos gozan de una naturaleza jurídica distinta.

Por su parte, en relación con la obligación de contar con disponibilidad presupuestal para expedir los actos administrativos que afecten las apropiaciones

¹⁶ Al efecto pueden consultarse, entre otras, las Sentencias proferidas el 6 de abril de 2000, Exp. 12.775; el 3 de febrero de 2000 Exp. 10.399; el 28 de septiembre de 2006 y del 12 de Agosto de 2014. Exp. 28565.

¹⁷ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 28 de septiembre de 2006. Rad. 73001-23-31-000-1997-05001-01.

¹⁸ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 12 de Agosto de 2014. Exp. 28565.

presupuestales, contenida en el inciso 1 del art. 71 ibídem, la misma Sección Tercera del Consejo de Estado ha precisado que esta obligación subsiste en relación con todo gasto de la administración, incluidos los de carácter contractual.

En este sentido, la Sentencia del 12 de Agosto de 2014, antes referida, señaló lo siguiente:

“Conforme a esta disposición (se refiere al art. 71 del EOP¹⁹), la disponibilidad presupuestal es un requisito extendido a todo gasto, de manera que la regulación del art. 25.6 de la Ley 80 sólo ratifica, para el exclusivo contexto de la contratación estatal, lo que la ley general de presupuesto ordena para todo acto que involucre gastos. Si la norma citada de la Ley 80 no existiera, el inciso primero del art. 71 sería suficiente para entender que el requisito subsiste.

El inciso que se comenta también coincide con la Ley 80 en señalar que el certificado debe ser previo a la afectación que se haga al presupuesto, sólo que, a diferencia de aquella, no precisa el momento; pero la Ley 80 sí: antes de abrir un proceso de selección, de ahí que la complementariedad de estas leyes sea oportuna y ofrezca seguridad²⁰.

Subraya la Sala

De manera adicional a lo señalado por la Sección Tercera, esta Sala considera que la obligación contar con certificado de disponibilidad presupuestal para expedir actos administrativos que afecten las apropiaciones presupuestales, incluso los de naturaleza contractual, encuentran sustento en:

i) El principio constitucional de legalidad del gasto público que gobierna el régimen presupuestal colombiano de conformidad con el art. 345 C.P., según lo analizado en este concepto.

ii) Lo dispuesto en el inciso tercero del mismo art. 71 del EOP, que establece de manera general -sin distinguir entre actos administrativos y procedimiento administrativo previo a la celebración de un contrato- que “ninguna autoridad podrá contraer obligaciones sobre apropiaciones inexistentes, o en exceso del saldo disponible, o sin la autorización previa del Confis o por quien éste delegue, para comprometer vigencias futuras y la adquisición de compromisos con cargo a los recursos del crédito autorizados”.

iii) Finalmente, la citada obligación encuentra respaldo en la definición del “certificado de disponibilidad presupuestal” incorporado en el Decreto Decreto 568 de 1996, del cual se deduce que todo compromiso que vaya a ser asumido por la administración debe estar respaldado por un certificado que garantice la existencia de recursos disponibles para el efecto y permita a la administración llevar un control de los recursos disponibles para adelantar otros compromisos.

II. El régimen de CDP en el Estatuto de la Contratación Pública.

El numeral 6 del art. 25 de la Ley 80 de 1993, que regula el principio de economía, y rige en todos los procedimientos de selección, establece:

¹⁹ Nota de la Sala.

²⁰ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 12 de Agosto de 2014. Exp. 28565. Cit.

“Art. 25. (...)”

6. Las entidades estatales abrirán licitaciones e iniciarán procesos de suscripción de contratos, cuando existan las respectivas partidas o disponibilidades presupuestales”.

Como se puede observar, esta norma regula de manera concreta el momento o la oportunidad en la que debe ser expedido el certificado de disponibilidad presupuestal en materia contractual, esto es, en una fecha previa al momento en que se inicia el proceso de selección del contratista.

En concordancia con la citada disposición, la Ley 1882 de 2018, que modificó algunas disposiciones del Estatuto de Contratación, señaló:

“Artículo 6°. Adiciónese un párrafo al artículo 8° de la Ley 1150 de 2007, e cual quedará así: (...) 3. Párrafo. No es obligatorio contar con disponibilidad presupuestal para realizar la publicación del proyecto de Pliego de Condiciones”.

Esta norma precisa que el certificado de disponibilidad presupuestal debe ser expedido por la entidad contratante antes de iniciar formalmente la etapa de selección del contratista, pero no en las etapas preparatorias del proceso de selección, como sería el momento de publicación del proyecto de pliego de condiciones en los procesos licitatorios.

Lo anterior no significa, claro está, que la Entidad contratante no pueda expedir el Certificado de Disponibilidad con anterioridad a la fecha de expedición del acto de apertura de un proceso de selección de un contratista, caso en el cual con sobradas razones la entidad se ajusta a la ley²¹.

En todo caso, es claro que de acuerdo con el numeral 6 del art. 25 de la Ley 80 de 1993, el certificado de disponibilidad presupuestal debe expedirse en forma previa al inicio del proceso de selección, así: para la licitación pública, la selección abreviada y concurso de méritos, de manera previa a la expedición del acto administrativo de apertura formal del proceso, y para la mínima cuantía, al momento de la invitación pública y, en el caso de la contratación directa, desde el momento en que se inicia el proceso de negociación con el futuro contratista²².

De esta manera, la Ley 80 de 1993 ratifica, para el específico campo de la contratación estatal, el principio constitucional de legalidad del gasto público y la consecuente obligación de contar con disponibilidad presupuestal antes de asumir un gasto o una obligación, pues obliga a la entidad estatal a asegurarse de que cuenta con la disponibilidad de recursos necesarios para asumir sus compromisos contractuales, antes de celebrar el respectivo contrato, e incluso antes de expedir los actos a través de los cuales se obliga a culminar el proceso de selección y adjudicar el respectivo contrato al oferentes más favorable, siempre cumplan los requisitos de ley.

En este orden de ideas, además del principio de legalidad del gasto público y el de economía, la obligación de expedir y contar con disponibilidad presupuestal en materia contractual al momento de iniciar el proceso de selección del contratista,

²¹ En este sentido Cfr. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 12 de Agosto de 2014. Exp. 28565.

²² Cfr. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 12 de Agosto de 2014.

encuentra fundamento en el deber de planeación y del principio de buena fe que vincula a las entidades del Estado en los procesos de selección de sus contratistas, pues a través del certificado de disponibilidad presupuestal la entidad garantiza la existencia de recursos dentro de su presupuesto, para celebrar el contrato que resulte del proceso contractual²³, y para esto es determinante basarse en estudios serios y confiables acerca del costo del bien o servicio que se pretende contratar.

Al respecto, ha manifestado la Sección Tercera de esta corporación:

*“... En cumplimiento también del deber de planeación y el principio de buena fe precontractual, las entidades estatales no pueden iniciar procesos de contratación si no existen las respectivas partidas o disponibilidades presupuestales; igualmente, deben con antelación al inicio del proceso de selección del contratista analizar la conveniencia o inconveniencia del objeto a contratar y obtener las autorizaciones y aprobaciones para ello, así como elaborar los estudios, diseños y proyectos requeridos, y los pliegos de condiciones o términos de referencia...”*²⁴

Subraya la Sala

En el mismo sentido se ha señalado:

*“La omisión de la entidad pública en la obtención de la correspondiente disponibilidad presupuestal, si bien podría dar lugar a la violación de los principios de legalidad del gasto y de planeación, al punto que podría llegar a comprometer la responsabilidad personal y patrimonial de los funcionarios que actúen con desobedecimiento de tales principios, no tiene la entidad suficiente para afectar la validez del respectivo contrato, toda vez que la ausencia de disponibilidad presupuestal no está llamada a configurar una específica causal de nulidad de los contratos estatales...”*²⁵

Subraya la Sala

Así, al cumplir la obligación de expedir el certificado de disponibilidad presupuestal, la entidad se asegura de que en el presupuesto existe apropiación presupuestal suficiente para atender la prestación económica que se derivaría del proceso contractual y, al mismo tiempo, otorga garantía a sus futuros oferentes en relación con su respaldo económico para pagar las obligaciones que se derivarán del futuro contrato.

Finalmente, es importante destacar que, como lo ha establecido la Sección Tercera de esta Corporación, el inicio de un proceso de selección sin contar con el certificado de disponibilidad presupuestal, compromete la responsabilidad personal y patrimonial del funcionario público que adelanta el proceso:

“El Estado podrá adelantar procedimientos de licitación o concursos, celebrar contratos o contraer obligaciones sin contar con el respectivo certificado de disponibilidad presupuestal, omisión que no solo daría lugar a la violación de los principios de legalidad y planeación, sino que comprometería la

²³ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-018 de 1996.

²⁴ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 03 de diciembre de 2007. Exp. 24715.

²⁵ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 28 de Febrero de 2013. Exp. 22892.

*responsabilidad personal y patrimonial del funcionario que actúa con violación de estos fundamentales principios constitucionales y legales”.*²⁶

III. Aplicación de estos regímenes a los contratos financiados con fondos provenientes de organismos multilaterales.

De acuerdo con el inciso segundo del art. 20 de la Ley 1150 de 2007:

“(…) 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”.

Es importante recordar que la disposición apenas transcrita fue originariamente contemplada por el derogado art. 13, numeral 4 de la Ley 80 de 1993²⁷, sobre la cual se pronunció la Corte Constitucional en los siguientes términos:

*“(…) como acertadamente lo expresa la Vista Fiscal, el inciso cuarto del artículo impugnado entraña un precepto especial de contratación, que por virtud de la misma ley 80 de 1993 permite la inaplicación del Estatuto de Contratación Pública en la hipótesis de los contratos relativos a fondos percibidos de los organismos multilaterales de crédito o celebrados con personas extranjeras de derecho público u organismo de cooperación, asistencia o ayuda internacionales. Lo cual encuentra justificación en el hecho de que Colombia hace parte de esos organismos internacionales, como por ejemplo el FMI o el BID, y al hacer parte de ellos puede aceptar sus estatutos y régimen de contratación en cumplimiento de convenios, tratados y resoluciones de entidades supranacionales en los que el país ha participado activamente, como la ONU y la OEA, con sus filiales”*²⁸.

Por su parte, el art. 20 de la Ley 1150 de 2007 fue reiterado por el Decreto 1082 de 2015²⁹, así:

“Artículo 2.2.1.2.4.4.1. Régimen aplicable a los contratos o convenios de cooperación Internacional. 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, pueden someterse a los reglamentos de tales entidades incluidos los recursos de aporte de fuente nacional o sus equivalentes vinculados a estas operaciones en los acuerdos celebrados, o sus reglamentos, según el caso. En caso contrario, los contratos o convenios que se celebren en su totalidad o en sumas iguales o superiores al cincuenta por ciento (50%) con recursos de origen nacional se someterán al presente título.

(…)

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

²⁶ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 26 de marzo de 2008. Exp. 16152.

²⁷ Esta norma fue expresamente derogada por el art. 32 de la Ley 1150 de 2007.

²⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-249/04.

²⁹ Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional.

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, incluidos los recursos de aporte de fuente nacional o sus equivalentes vinculados a tales operaciones en dichos documentos, sin que a ellos le sea aplicable el porcentaje señalado en el inciso primero del artículo 20 de la Ley 1150 de 2007.

(...)"

Subraya la Sala

Al respecto, la observa la Sala lo siguiente:

i) De acuerdo con lo previsto en el art. 20 de la Ley 1150 de 2007, los contratos financiados con recursos provenientes de organismos multilaterales de crédito pueden someterse a los reglamentos de tales organismos.

De ser así, el Estatuto de Contratación Pública no será aplicable a los procesos de selección, a la celebración y a la ejecución de estos contratos, a menos que los reglamentos de tales organismos se remitan a las normas de contratación pública nacional, o guarden silencio respecto a determinados aspectos del proceso contractual o de su ejecución. En este último caso, el Estatuto General de Contratación Pública será aplicable de manera supletiva.

ii) Es importante destacar que la posibilidad de inaplicar las normas nacionales de contratación pública a los contratos financiados con recursos provenientes de organismos multilaterales de crédito es de naturaleza excepcional y, por lo tanto, de aplicación restrictiva.

Además, dicha posibilidad no se extiende a las normas del régimen presupuestal contenido en la Constitución Política, en el Estatuto Orgánico del Presupuesto y en sus demás normas reglamentarias. Este régimen es diferente del consagrado para los contratos estatales regulados por la Ley 80 de 1993 o por los reglamentos de los organismos multilaterales de crédito, aunque se encuentren relacionados e incluso en condición de complementariedad.

Por lo tanto, si bien los contratos financiados con recursos provenientes de organismos multilaterales de crédito pueden someterse a los reglamentos de tales entidades, permanen sujetos a los principios y reglas del régimen presupuestal colombiano.

iii) De conformidad con lo expuesto, al procedimiento administrativo contractual y al respectivo contrato financiado con recursos provenientes de organismos multilaterales de crédito, y sometidos a los reglamentos de tales organismos, les resulta inaplicable por regla general el Estatuto General de la Contratación Pública. Sin embargo, estarán sometidos al Estatuto Orgánico del presupuesto y, entre otras obligaciones, a la obtener el certificado de disponibilidad presupuestal, en cumplimiento del régimen presupuestal analizado en este concepto.

Ahora bien, en cuanto a la oportunidad para expedir el certificado de disponibilidad, tanto el EOP, en su art. 71, como el art. 25 de la Ley 80 de 1993, consagran que este certificado debe expedirse en forma previa a la expedición del acto administrativo que afecte la apropiación presupuestal, como pueden ser los actos expedidos al inicio del proceso de contratación.

Para estos efectos, se debe tener en cuenta que la *ratio* que subyace a lo dispuesto en el art 25 de la Ley 80 de 1993 en relación con la oportunidad para contar con el certificado de disponibilidad presupuestal en materia contractual, es de contar, desde el mismo momento en que se expiden actos administrativos al inicio del proceso de selección del contratista, con un instrumento de planeación contractual, que garantice la existencia de los recursos necesarios para asumir el eventual compromiso, pero además, con un instrumento de organización presupuestal, que permita a la entidad pública llevar un registro de los recursos que se encuentran apropiados provisionalmente para un determinado proceso contractual, y que por ende no pueden ser apropiados para adelantar otros procesos de selección de la entidad.

Por lo tanto, en relación con los interrogantes planteados a esta Sala, el certificado de disponibilidad presupuestal proyecta sus efectos más allá de la celebración efectiva del contrato o de la obligación que adquiere la entidad pública de culminar el proceso de selección del contratista y celebrar el contrato, al punto de comprometer su responsabilidad.

Por todo lo expuesto, es claro que el momento para expedir el certificado de disponibilidad presupuestal en relación con los contratos o convenios financiados con fondos provenientes de organismos multilaterales de crédito y sometidos sus reglamentos, debe ser en forma previa al inicio del proceso de selección de un contratista, en específico, a la invitación pública que se realice a terceros para presentar sus ofertas, en un determinado plazo y condiciones.

De todas maneras, estas consideraciones deberán ser analizadas en cada caso concreto, según el contenido del reglamento del organismo multilateral que sea aplicable para el proceso de selección del contratista en Colombia, cuál es el acto a través del cual se inicia formalmente el proceso de selección del contratista.

iv) Aunque en algunos procesos de contratación sometidos a los reglamentos de organismos multilaterales puede no regularse un acto formal de apertura del proceso, lo cierto es que sí existen reglas fijadas en un pliego de condiciones (aunque puedan tener otra denominación)³⁰, que constituyen una manifestación de voluntad de la administración que produce efectos jurídicos, en la medida que las ofertas presentadas deben ajustarse a los plazos y condiciones previstos en estos documentos, so pena de ser rechazadas.

Por lo tanto, siempre que en los referidos procesos de selección exista un pliego de condiciones u otro documento que, independiente de su denominación, convoque a terceros a presentar sus propuestas y defina las reglas para su presentación y selección, y/o para la ejecución del contrato, existirá un acto administrativo obligatorio y vinculante para el proceso de selección del contratista. Por lo tanto, el CDP debe ser expedido en forma previa a este acto administrativo. Lo anterior, de conformidad con el art. 71 del EOP y en forma consonante con el art. 25 de la Ley 80 de 1993, y aunque no exista un acto de apertura formal para el inicio del proceso³¹.

³⁰ En el caso del BID, por ejemplo, los reglamentos contemplan los Anuncios Específicos de Adquisiciones en el que se hace el llamado a licitación y se remite a los documentos de licitación.

³¹ En varios de los reglamentos de los organismos multilaterales puede no estar regulado un acto de apertura formal del proceso.

v) Ahora bien, una aplicación específica del análisis realizado en el literal anterior, a los contratos estatales financiados en Colombia con los recursos provenientes de préstamos del BID y sometidos a sus reglamentos, implica tener en cuenta las siguientes etapas de los diferentes procesos de selección previstos en los Documentos de Políticas para: A. La adquisición de bienes y obras financiadas por el BID o, B. La selección de consultores financiados por este organismo.

A. Documento sobre “Políticas para la Adquisición de Bienes y Obras financiadas por el BID, GN-2349-9” de marzo de 2011^{32,33}:

En este documento se prevén las siguientes actuaciones para los procesos de selección para la adquisición de bienes y obras financiadas por el BID:

TIPO DE PROCESO DE SELECCIÓN	ACTUACIONES QUE SE ADELANTAN EN EL PROCESO DE SELECCIÓN DEL CONTRATISTA
1. Licitación Pública Internacional – LPI- (Regla general) ³⁴	<p>Este proceso de selección consta de las siguientes etapas:</p> <p>a) Un Aviso General de Adquisiciones, que debe ser publicado en los sitios de internet de <i>United Nations Development Business (UNDB online)</i> y del Banco. El anuncio debe contener: La información referente al Prestatario (entidad contratante), el monto y finalidad del préstamo, la magnitud de las adquisiciones que hayan de efectuarse conforme a la licitación pública internacional, y el nombre, el teléfono (o número de fax) y la dirección del organismo del Prestatario encargado de las adquisiciones, incluida la dirección del sitio de Internet donde los avisos de adquisiciones estén disponibles.</p> <p>b) Un Anuncio Específico de Adquisiciones, en el que se incluya el llamado a precalificación³⁵ de las ofertas o el llamado a</p>

³² Consultado el 18 de julio de 2018. Disponible en el sitio web: <http://idbdocs.iadb.org/wsdocs/getdocument.aspx?docnum=774396>.

³³ “Este documento tiene por objeto informar a los encargados de la ejecución de un proyecto financiado en su totalidad o en parte con un préstamo del Banco Interamericano de Desarrollo o fondos administrados por el Banco y ejecutados por el Beneficiario acerca de las políticas que rigen la adquisición de bienes, de las obras y servicios conexos (distintos de los servicios de consultoría) necesarios para el proyecto (...)”.

³⁴ Los demás métodos de selección previstos en el documento BID, GN-2349-9 “pueden ser usados en circunstancias en que la licitación pública internacional no sea el método más económico y eficiente de contratación, y para las cuales se considere más apropiado el uso de otros métodos”.

³⁵ Debe tenerse en cuenta que de acuerdo con los numerales 2.9. y 2.10 del documento BID, GN-2349-9:

“2.9. La precalificación generalmente es necesaria en los casos de obras de magnitud o de complejidad considerable, o en cualquier otra circunstancia en que el alto costo de la preparación de ofertas detalladas pudiera desalentar la competencia (...). Esto también asegura que las invitaciones a participar en la licitación se envíen solamente a quienes cuenten con la capacidad y los recursos necesarios. La precalificación debe basarse únicamente en la capacidad y recursos de los posibles oferentes para ejecutar satisfactoriamente el contrato de que se trate (...)”

2.10. La invitación a la precalificación para la licitación de contratos específicos o grupos de contratos similares se debe publicar y notificar de acuerdo con lo estipulado en los párrafos 2.7 y 2.8 de estas Políticas. A los interesados que respondan a la invitación se les debe enviar una descripción del alcance del contrato y una clara definición de los requisitos necesarios para la precalificación. A todos los postulantes que reúnan los requisitos especificados se les permitirá presentarse a la licitación. El Prestatario debe comunicar los resultados de la precalificación a todos los postulantes. Tan pronto la precalificación haya terminado, los documentos de licitación deben ser puestos a la disposición de los posibles oferentes calificados (...)”.

	<p>licitación, y el cual debe ser publicado en un periódico de circulación nacional, en la gaceta oficial o en el portal único electrónico, previsto por el país para los procesos de contratación.</p> <p>En los casos en que exista una invitación de precalificación, previa al llamado a licitación, a los interesados que respondan a la invitación se les enviará una descripción del alcance del contrato y una clara definición de los requisitos necesarios para la precalificación. Posteriormente, a todos los postulantes que reúnan los requisitos especificados se les permitirá presentarse a la licitación.</p> <p>Por su parte, el llamado a licitación remite a los Documentos de licitación, de conformidad con los cuales los oferentes podrán preparar y presentar sus propuestas.</p> <p>Los documentos de licitación deben contener, entre otros: las instrucciones a los oferentes; el formulario de las ofertas; el formulario del contrato; las condiciones contractuales, tanto generales como especiales; las especificaciones y planos; la información técnica que corresponda (incluyendo las características geológicas y ambientales); las listas de bienes o cantidades; el plazo de entrega de las ofertas y los apéndices necesarios, tales como formularios de diversas garantías. De manera adicional, estos documentos deben indicar la base sobre la cual se debe evaluar y escoger la oferta más favorable.</p> <p>c) Una vez vencido el plazo para la presentación de las ofertas, se procede a su apertura, evaluación y comparación.</p> <p>d) Por último, se procede a la adjudicación y la publicación de la adjudicación. Esta última la realiza la entidad contratante, en el sitio de internet de Naciones Unidas y del Banco, con el nombre de todos los oferentes, los precios ofertados, las evaluaciones y el nombre del ganador.</p>
<p>2. Licitación Internacional Limitada</p>	<p>Es equivalente a una Licitación Pública Internacional (LPI), pero convocada mediante invitación directa y sin anuncio público.</p> <p>Por lo demás, en este proceso se aplican las reglas de la LPI.</p>
<p>3. Licitación Pública Nacional – LPN-</p>	<p>En este caso se aplica el método de licitación competitiva que emplea normalmente en las contrataciones del sector público en el país del Prestatario, y puede constituir la forma más eficiente y económica de adquirir bienes o ejecutar obras, cuando no es probable que las adquisiciones atraigan competencia internacional.</p> <p>De conformidad con documento BID, GN-2349-9, los procedimientos de LPN deben ser revisados y modificados para lograr su compatibilidad con lo regulado por el BID para el proceso de LPI.</p> <p>En este sentido, es importante destacar la existencia de los Documentos Estándar de Licitación Pública Nacional (LPN) para Colombia, del año 2013, armonizados por Colombia Compra Eficiente, por el Banco Interamericano de Desarrollo y por el Banco Mundial, para la Adquisición de bienes, y que deben ser usados en los proyectos financiados total o parcialmente por el Banco</p>

	<p>Interamericano de Desarrollo (BID) o el Banco Mundial (BIRF)³⁶.</p> <p>Estos Documentos Estándar de LPN”, a los que remite el “Llamado a licitación”, contienen:</p> <p>i) Los Procedimientos de Licitación: con las instrucciones a los oferentes; los datos de la licitación; los criterios de evaluación y calificación; los formularios de la oferta, y los países elegibles para el BID o para el BIRF.</p> <p>ii) Los requisitos de los Bienes y Servicios, con la lista de requisitos y,</p> <p>iii) El contrato, con sus condiciones generales y especiales; los formularios del contrato, y el llamado a Licitación.</p>
4. Comparación de Precios	En este proceso se hace una Solicitud de Cotización de precios a varios proveedores y se finaliza con una orden de compra o un contrato simplificado.
5. Contratación directa	<p>En este proceso se procede a la contratación sin competencia entre diferentes oferentes.</p> <p>Una vez firmado el contrato, el Prestatario debe publicar en los sitios web de Naciones Unidas y del Banco, el nombre del contratista, el precio, la duración y un resumen del alcance del contrato. Esta publicación puede realizarse trimestralmente en forma de cuadro sumario del período anterior.</p>
6. Administración directa	N/A
7. Compras Directas a agencias especializadas	Se aplican los procesos de contratación de la agencia especializada.
8. Agencias de Contrataciones	N/A
9. Agencias de Inspección	N/A
10. Contrataciones en Préstamos a intermediarios financieros	Para los contratos de financiamiento que realice la entidad contratante del BID, se utilizan las reglas del sector privado o comercial.
11. Contrataciones por el Sistema CPO/COT/CPOT, Concesiones y Modalidades Semejantes del Sector Privado	Se utiliza el procedimiento previsto para el proceso de Licitación Pública Internacional. De manera adicional, se le da la alternativa al concesionario de aplicar sus propios métodos para contratar bienes, obras y servicios.

³⁶ Estos documentos son consistentes con las Políticas para la Adquisición de Obras y Bienes Financiados por el Banco Interamericano de Desarrollo y con las Normas de Adquisiciones con Préstamos del BIRF y Créditos de la AIF (Asociación Internacional de Fomento).

12. Contrataciones basadas en desempeño	Se aplican los procesos de la Licitación Pública Internacional o de la Licitación Pública Nacional, pero se establece que los pagos del futuro contrato estarán basados en resultados.
---	--

Como se observa, los procesos de Licitación Pública Internacional – LPI- y de Licitación Pública Nacional, que son la regla general para la Adquisición de bienes y obras financiados con créditos del BID y que se rigen por sus reglamentos, se inician formalmente con el Llamado a licitación, en el que se invita a los oferentes a presentar sus ofertas en los plazos y condiciones previstos en los Documentos de licitación.

Por su parte, los documentos de licitación comprenden, entre otras: las instrucciones para la presentación de las ofertas; las condiciones contractuales, tanto generales como especiales del futuro contrato; las especificaciones y planos; la información técnica que corresponda; las listas de bienes o cantidades; el plazo de entrega de la oferta y los apéndices necesarios, tales como formularios de diversas garantías, y la base sobre la cual se debe evaluar y escoger la oferta evaluada.

Así las cosas, el llamado a licitación y los documentos de licitación se constituyen en manifestaciones de voluntad de la entidad, que están llamados a producir efectos jurídicos, pues establecen los plazos y condiciones en los que se deben presentar las propuestas por parte de los oferentes. Por ende, el certificado de disponibilidad presupuestal deberá ser expedido de manera previa a la expedición de estos actos administrativos.

Por su parte, en los demás procesos previstos para la adquisición de bienes y obras financiadas por el BID, que son de carácter excepcional³⁷, habrá que determinar si existe un documento en el que la entidad pública invita a los oferentes a presentar sus propuestas, con indicación de los plazos y reglas que deben cumplir para su presentación y selección, y/o las condiciones para la celebración y ejecución del contrato. De ser así, el certificado de disponibilidad presupuestal deberá ser expedido de manera previa a estos actos administrativos.

Finalmente, la Sala encuentra que, para los procesos de contratación directa, el certificado de disponibilidad presupuestal debe ser expedido de manera previa al momento en el que se inicia el proceso de negociación para la Adquisición de Bienes y Obras financiadas por el BID.

B. Documento de “Políticas para la selección de consultores financiados por el Banco Interamericano de Desarrollo GN-2350-9” de marzo d 2011^{38,39}.

³⁷ Como son el proceso de Licitación Pública Internacional Limitada o el proceso de Comparación de Precios.

³⁸ Consultado el 18 de julio de 2018. Disponible en el sitio web: <http://idbdocs.iadb.org/wsdocs/getdocument.aspx?docnum=774399>

³⁹ “El propósito de este documento es definir las políticas del Banco y explicar los procedimientos para la selección, contratación y supervisión de los consultores cuyos servicios se requieren para proyectos financiados total o parcialmente por el Banco o fondos administrados por el Banco y ejecutados por el Beneficiario”.

En este documento se prevén las siguientes actuaciones para los procesos de selección de consultores financiados por el BID:

TIPO DE PROCESO DE SELECCIÓN	ACTUACIONES QUE SE ADELANTAN EL PROCESO DE SELECCIÓN DEL CONTRATISTA
<p>1. Selección Basada en la calidad y el Costo (SBCC) (Regla general)</p>	<p>Este proceso de selección consta de las etapas siguientes:</p> <p>a) Preparación de los términos de referencia (TR)⁴⁰.</p> <p>b) Preparación de la estimación de costos y presupuesto.</p> <p>c) Publicación de un Aviso General de Adquisiciones, que debe ser publicado en los sitios de internet de <i>United Nations Development Business (UNDB online)</i> y del Banco.</p> <p>d) La publicación de un Aviso específico de Adquisiciones, solicitando expresiones de interés. Los datos solicitados en este anuncio deben ser los mínimos necesarios para formarse un juicio acerca de la idoneidad de la firma y no deben ser tan complejos como para desalentar a los consultores de expresar interés. Se deben conceder por lo menos 14 días a partir de la fecha de publicación en el sitio de Internet del UNDB online para la recepción de respuestas antes de proceder a confeccionar la lista corta.</p> <p>e) Preparación de la lista corta de consultores.</p> <p>(f) Preparación y emisión de la solicitud de propuestas (SP), que debe incluir: la Carta de Invitación (CI), las Instrucciones a los Consultores (IC), los TR y el borrador de contrato propuesto].</p> <p>Es importante destacar que en la Carta de Invitación (CI) debe constar la intención del Prestatario de celebrar un contrato para la prestación de servicios de consultoría, indicar la fuente de financiamiento, proporcionar los detalles del Contratante, la fecha, la hora y la dirección para la presentación de las propuestas.</p> <p>Por su parte, en las Instrucciones a los Consultores (IC), se debe incluir toda información necesaria para ayudar a los consultores a preparar propuestas que respondan a lo solicitado, y debe asegurar la mayor transparencia posible al procedimiento de selección al suministrar información sobre el proceso de evaluación e indicar los criterios y factores de evaluación y su ponderación respectiva, y el puntaje mínimo aceptable de calidad.</p> <p>La solicitud de propuesta puede ser distribuida en forma electrónica, si así lo aprueba el banco, o por el medio que garantice que no se</p>

⁴⁰ De acuerdo con el numeral 2.3. del documento GN-2350-9^o, los TR deben ser preparados por una persona o varias personas o por una firma especializada en la materia a que se refiere el trabajo. El alcance de los servicios descritos en los TR debe ajustarse al presupuesto de que se dispone. En esos TR se deben definir claramente los objetivos, las metas y el alcance del trabajo encomendado y suministrarse información básica (incluso una lista de los estudios y datos básicos pertinentes que ya existan) con objeto de facilitar a los consultores la preparación de sus propuestas. (...) Sin embargo, los TR no deben ser demasiado detallados ni inflexibles, a fin de que los consultores que compitan puedan proponer su propia metodología y el personal asignado. Se alentará a las firmas a que comenten los TR en sus propuestas. En los TR se deben definir claramente las responsabilidades respectivas del Prestatario y los consultores.

	<p>modifiquen y que llegue solo a las personas de la lista corta.</p> <p>g) Recepción de propuestas.</p> <p>h) Evaluación de las propuestas técnicas: consideración de la calidad.</p> <p>i) Apertura pública de las propuestas de precio.</p> <p>j) Evaluación de la propuesta de precio.</p> <p>k) Evaluación final de calidad y costo; y</p> <p>l) Negociación y adjudicación del contrato a la firma seleccionada, que se publica en el sitio de internet de <i>United Nations Development Business (UNDB online)</i> y del Banco, y en el sitio oficial del país.</p>
2. Selección Basada en la calidad	En este proceso se aplica de manera general el procedimiento de la Selección Basada en la calidad y el Costo (SBCC), con las modificaciones y supresiones requeridas por el método de selección de los consultores utilizada en el caso específico.
3. Selección Basada en Presupuesto	En este proceso se aplica de manera general el procedimiento de la Selección Basada en la calidad y el Costo (SBCC), con las modificaciones y supresiones requeridas por el método de selección de los consultores utilizada en el caso específico.
4. Selección Basada en el Menor Costo	En este proceso se aplica de manera general el procedimiento de la Selección Basada en la calidad y el Costo (SBCC), con las modificaciones y supresiones requeridas por el método de selección de los consultores utilizada en el caso específico.
5. Selección Basada en las calificaciones de los Consultores	<p>Este método se puede utilizar para servicios menores, para los cuales no se justifica ni la preparación ni la evaluación de propuestas competitivas.</p> <p>Este proceso de selección consta de las siguientes etapas:</p> <p>a) Preparación de los TR.</p> <p>b) Solicitud de expresiones de interés e información sobre la experiencia y la competencia de los consultores en lo que respecta al trabajo.</p> <p>c) Elaboración de una lista corta y selección de la firma que tenga las calificaciones y las referencias más apropiadas.</p> <p>d) Solicitud a la firma seleccionada, para que presente una propuesta técnica conjuntamente con una propuesta de precio.</p> <p>e) Luego se invitará a la firma a negociar el contrato.</p> <p>f) La entidad contratante debe publicar en el sitio de Internet del UNDB online, en el sitio de Internet del Banco y, si corresponde, en</p>

	el sitio de Internet único oficial del país, el nombre del consultor al cual se le adjudicó el contrato, así como el precio, la duración y el alcance del contrato. La publicación puede hacerse trimestralmente en forma de un cuadro sumario que cubra el período anterior.
6. Selección directa	El prestatario debe publicar en el sitio de internet de Naciones Unidas, en el sitio web del Banco y si corresponde en el sitio único oficial del país, el nombre del consultor al que se adjudicó el contrato, y el precio de duración y alcance del contrato. Esta publicación puede hacerse trimestralmente y en el formato de un cuadro sumario que cubra el período anterior.

Como se observa, por regla general, los procesos de selección de un consultor financiados con recursos del BID y en los que se aplican los reglamentos de estos organismos, se adelantan a través de la modalidad de Selección Basada en la calidad y el Costo (SBCC) o a través de otras modalidades en las que se aplican las reglas generales de este proceso.

Estos procesos inician formalmente con la Solicitud de Propuestas, en los que se invita a los consultores de la lista elaborada por la entidad pública, a presentar sus ofertas en los plazos y condiciones previstos en los documentos que acompañan la Solicitud de Propuestas. En consecuencia, el certificado de disponibilidad presupuestal deberá ser expedido de manera previa a la expedición de este acto administrativo.

Por su parte, para los procesos de selección a los que no se aplican las reglas generales del proceso de selección basada en la calidad y el costo (SBCC), como sucede con el proceso de selección basado en las calificaciones de los consultores, habrá que determinar si existe algún documento (como puede ser la Solicitud de Propuesta Técnica), que determine los plazos y las reglas que deben cumplir los oferentes para la presentación de sus ofertas, así como para su selección, y/o para la celebración y ejecución del contrato. De ser así, el certificado de disponibilidad presupuestal deberá ser expedido de manera previa a este acto administrativo.

Finalmente, la Sala encuentra que, para los procesos de contratación directa de un consultor, el certificado de disponibilidad presupuestal debe ser expedido de manera previa al momento en el que se inicia el proceso de negociación para la contratación.

Con fundamento en las anteriores consideraciones,

IV. LA SALA RESPONDE:

1. ¿Cuál es el momento en el que debe expedirse el CDP para los procesos de selección que se financian con recursos de la Banca Multilateral y se rigen por su normatividad?

2. *¿Existe o no existe posibilidad legal, para que las entidades que contraten con cargo a recursos de crédito provenientes de este mismo organismo e incorporados al presupuesto General de la Nación, procedan a emitir el CDP no al iniciar el proceso de selección sino cuando se notifique la adjudicación al proponente?*

Por su unidad temática se responden conjuntamente las preguntas 1 y 2.

En los procesos de selección que se financian con recursos provenientes de organismos multilaterales de crédito, que ingresan al Presupuesto General de la Nación y que se rigen por los reglamentos de tales organismos, el certificado de disponibilidad presupuestal debe expedirse de manera previa al acto a través del cual la entidad inicia el proceso de selección del contratista, con efectos vinculantes para las personas que deseen presentar sus ofertas. Lo anterior, según las consideraciones expuestas en este concepto.

Remítase al señor Ministro de Hacienda y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

OSCAR DARIO AMAYA NAVAS
Presidente de la Sala

EDGAR GONZÁLEZ LÓPEZ
Consejero de Estado

Ausente con permiso
GERMÁN ALBERTO BULA ESCOBAR
Consejero de Estado

ÁLVARO NAMÉN VARGAS
Consejero de Estado

LUCÍA MAZUERA ROMERO
Secretaria de la Sala