



Función Pública

Concepto Sala de Consulta C.E. 2171 de 2014 Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero ponente: ALVARO NAMEN VARGAS

Bogotá D.C., veinte (20) de febrero de dos mil catorce (2014).- Rad. No. 11001-03-06-000-2013-00419-00

Número interno: 2171 y 2171 ampliación

Referencia: COMPETENCIA DEL DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN PARA CONCEPTUAR EN LOS TRÁMITES DE OPERACIONES DE CRÉDITO PÚBLICO DE CONFORMIDAD CON EL DECRETO 2681 DE 1993.

Actor: DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACION

El Director del Departamento Nacional de Planeación consulta la competencia de dicho departamento administrativo en la emisión de los conceptos relacionados con el trámite de las operaciones de crédito público cuando las mismas están destinadas a financiar gastos de funcionamiento, con base en los siguientes:

1. ANTECEDENTES:

1. Señaló que el parágrafo segundo del artículo 41 de la Ley 80 de 1993 definió las operaciones de crédito público, dispuso de trámites generales en su gestión y suscripción, y otorgó facultades al Gobierno Nacional para que mediante un decreto reglamentario determinara los casos en los que no se requieran los conceptos a los que se refiere dicho artículo, y además impartiera autorizaciones de carácter general para este tipo de operaciones.

2. Indicó que conforme al Decreto 2681 de 1993 "*Por el cual se reglamentan parcialmente las operaciones de crédito público, las del manejo de la deuda pública, sus asimiladas y conexas y la contratación directa de las mismas*", le corresponde al Departamento Nacional de Planeación emitir concepto previo y favorable a las operaciones de crédito externo (contratación de empréstitos y emisión y suscripción de títulos de deuda pública) de las entidades descentralizadas del orden nacional y de las entidades territoriales y sus descentralizadas; a los empréstitos de las entidades con porcentaje de participación estatal entre el 50% y el 90%; a los créditos de presupuesto cuando se traten de proyectos de inversión ; y a las operaciones de crédito interno, empréstitos y títulos de deuda pública de las entidades descentralizadas del orden nacional.

3. Manifestó que el artículo 40 del Decreto 2681 de 1996 determinó la naturaleza de la emisión de las autorizaciones y conceptos y señaló que cuando haya lugar a ellos, se expedirán sobre la justificación técnica, económica y social del proyecto, la capacidad de ejecución y la situación

financiera de la respectiva entidad, entre otros factores.

4. Infirió el consultante del artículo 40 antes citado, que el término "*proyecto*" no se usa en esta norma de forma indistinta para todo gasto que pretenda financiarse con operaciones de crédito público, sino que cataloga como tal, aquellos proyectos que tengan como finalidad acciones concretas y organizadas destinadas a obtener el beneficio para el Estado que justifiquen el endeudamiento y por ende deriven en réditos financieros o de ganancias en infraestructura y en general en la provisión de bienes y servicios con proyección a largo plazo.

5. De igual forma indicó que cuando el artículo 40 del Decreto 2681 de 1996 se refiere a que los conceptos "*se expedirán sobre la justificación técnica, económica y social del proyecto*", esa precisión limita la competencia del Departamento Nacional de Planeación en la emisión de los conceptos, a aspectos relacionados con la viabilidad técnica de ejecutar un proyecto y el tipo de obras de infraestructura física y de personal requeridas para hacerlo, la valoración de los costos y beneficios del proyecto para determinar si es o no conveniente su ejecución, así como su impacto en las finanzas públicas nacionales, desde la perspectiva de los gastos de inversión.

6. Por lo anterior insistió que los trámites necesarios en la gestión y suscripción de operaciones de crédito público tienen justificación y relación directa con las competencias que en materia presupuestal se han asignado al Departamento Nacional de Planeación las cuales se limitan a proyectos de inversión. Cita como ejemplos las competencias contenidas en el artículo 9º del Estatuto Orgánico de Presupuesto, en el artículo 27 de la Ley 152 de 1994 y en el artículo 1º del Decreto 1832 de 2012.

7. Concluyó que la competencia del Departamento Nacional de Planeación para expedir los conceptos en el ciclo de las operaciones de crédito público, cuando a ello haya lugar, debe ejercerse siempre y cuando el objeto de la obtención de recursos a través de la deuda, sea la financiación de gastos de inversión.

8. Una vez repartida la consulta que formuló el Departamento Nacional de Planeación, el magistrado ponente con fundamento en el numeral 12 parágrafo 2º del artículo 112 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, convocó al Departamento Nacional de Planeación y al Ministerio de Hacienda y Crédito Público a participar de una audiencia que se llevó a cabo el 23 de enero del año en curso, reunión en la cual se dilucidaron algunos aspectos relacionados con los antecedentes de la solicitud.

Con base en lo anterior se PREGUNTA:

1. *"¿De conformidad con el artículo 40 del Decreto 2681 de 1993, es competente el Departamento Nacional de Planeación para emitir conceptos sobre operaciones de crédito público, cuando el objeto del gasto corresponda a funcionamiento?"*

2. *"De ser afirmativa la respuesta anterior, ¿cuáles deberían ser los criterios a considerar en el estudio de una operación de crédito tendiente a financiar gastos de funcionamiento, para delimitar su evaluación técnica, económica y social en los términos del artículo 7 del Decreto 841 de 1990, cuando en el ciclo presupuestal, los análisis financieros de los recursos de las entidades estatales, está (sic) a cargo y centralizado (sic) por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público?"*

Dando alcance a esta consulta, la actual Directora del Departamento Nacional de Planeación presentó un escrito de ampliación en la que solicita a la Sala se pronuncie sobre la naturaleza jurídica del Decreto Reglamentario 2681 de 1993 para determinar o no la procedencia de su modificación a través de decreto reglamentario.

Con base en lo anterior se PREGUNTA:

"1. ¿Puede el Gobierno Nacional, con fundamento en el parágrafo segundo del artículo 41 de la Ley 80 de 1993 y el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política, en uso de su facultad reglamentaria modificar el Decreto 2681 de 1993?"

2. CONSIDERACIONES:

A. PROBLEMA JURÍDICO

Consiste en determinar si corresponde al Departamento Nacional de Planeación conforme a la Ley 80 de 1993 y a su Decreto Reglamentario 2681 de 1993, emitir concepto sobre operaciones de crédito público cuando el objeto de financiamiento corresponda a gastos de funcionamiento.

De igual forma determinar si es procedente modificar el Decreto 2681 de 1993 teniendo en cuenta que la Ley 80 de 1993 que ordenó su expedición fijó un término para cumplir con este cometido el cual ya se cumplió, y en esa medida establecer si la potestad reglamentaria se agotó con la expedición del mencionado decreto.

B. ANÁLISIS DE LA SALA

Resulta imperioso para responder la cuestión revisar las funciones que tradicionalmente han desempeñado el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y el Departamento Nacional de Planeación en ejercicio de las atribuciones que les otorga la Constitución, la ley y sus reglamentos. De igual forma es preciso analizar los antecedentes, el alcance y fundamento de los trámites que exige la ley para la gestión y suscripción de las operaciones de crédito público, junto a los roles que en dicho proceso desempeñan el Departamento Nacional de Planeación y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

A partir de allí busca la Sala establecer si la competencia del Departamento Nacional de Planeación en las operaciones de crédito público dada la naturaleza de sus funciones se debe restringir a los conceptos relacionados con endeudamiento para inversión, y en todo caso determinar que elementos envuelven la noción de gasto de inversión y los criterios que debería tener en cuenta el Departamento Nacional de Planeación en la expedición de los conceptos relacionados con la materia.

1. Los objetivos y funciones generales atribuidas al Ministerio de Hacienda y Crédito Público y al Departamento Nacional de Planeación

Tanto el Ministerio de Hacienda y Crédito Público (MHCP) como el Departamento Nacional de Planeación (DNP) son consideradas instituciones económicas claves para el buen manejo de la hacienda pública del país.

Desde mediados del siglo XIX, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público desempeñó un papel protagónico en las diferentes etapas del proceso presupuestal en Colombia. En la Constitución de 1886 se consolidó como Ministerio de Hacienda de acuerdo con el título XII "De los Ministros de Despacho". Posteriormente la Ley 7 del 25 de agosto de 1886 reglamentó su conformación. En 1905 pasó a ser el Ministerio de Hacienda y del Tesoro y desde 1923 recibió la denominación actual de Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

El Decreto 1642 de 27 de junio de 1991 estableció la estructura orgánica y las funciones del Ministerio de Hacienda y Crédito Público el cual fue modificado por el Decreto 4712 del 15 de diciembre de 20082. Este último fijó como objetivos del Ministerio los siguientes:

"ARTÍCULO 2°. Objetivos. El Ministerio de Hacienda y Crédito Público tiene como objetivo la definición, formulación y ejecución de la política económica del país, de los planes generales, programas y proyectos relacionados con esta, así como la preparación de las leyes, la preparación de los decretos y la regulación, en materia fiscal, tributaria, aduanera, de crédito público, presupuestal, de tesorería, cooperativa, financiera, cambiaria, monetaria y crediticia, sin perjuicio de las atribuciones conferidas a la Junta Directiva del Banco de la República, y las que ejerza, a través de organismos adscritos o vinculados, para el ejercicio de las actividades que correspondan a la intervención del Estado en las actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquiera otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos del ahorro público y el tesoro nacional, de conformidad con la Constitución Política y la ley".

Por su parte, el Departamento Nacional de Planeación surgió desde 1968 como una nueva autoridad presupuestal en el país al encargarse desde sus orígenes de la elaboración del presupuesto de inversión. Con la expedición del Decreto 294 de 1973, por el cual se expidió el Estatuto Orgánico del Presupuesto General de la Nación, se fortaleció el papel del Departamento Nacional de Planeación al atribuirle la responsabilidad de la asignación de los recursos de inversión, los cuales debían guardar concordancia con los topes establecidos por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Conforme a la [Constitución de 1991](#), el Departamento Nacional de Planeación continúa en su función de guardián central de las políticas relacionadas con proyectos de inversión. Al respecto señaló el artículo 343 lo siguiente:

“ARTÍCULO 343. La entidad nacional de planeación que señale la ley, tendrá a su cargo el diseño y la organización de los sistemas de evaluación de gestión y resultados de la administración pública, tanto en lo relacionado con políticas como con proyectos de inversión, en las condiciones que ella determine”.

Dentro de la compleja tarea de planificar el desarrollo nacional, corresponde al Departamento de Planeación de acuerdo con el Decreto 1832 de 2012, “por el cual se modifica la estructura del Departamento Nacional de Planeación,” el cumplimiento de los siguientes objetivos:

“ARTÍCULO 1°. Objetivos. El Departamento Nacional de Planeación tiene como objetivos fundamentales la coordinación y diseño de políticas públicas y del presupuesto de los recursos de inversión, la articulación entre la planeación de las entidades del gobierno nacional y los demás niveles de gobierno; la preparación, el seguimiento de la ejecución y la evaluación de resultados de las políticas, planes, programas y proyectos del sector público, así como realizar en forma permanente el seguimiento de la economía nacional e internacional y proponer los estudios, planes, programas, y proyectos para avanzar en el desarrollo económico, social, institucional y ambiental, y promover la convergencia regional del país.

Como parte del Sistema General de Regalías participa de la formulación de lineamientos para el uso de los recursos que promuevan el desarrollo local y regional.

Como Secretaria Técnica del Consejo Nacional de Política Económica y Social - CONPES- apoya al Presidente de la República en el ejercicio de su función de máximo orientador de la planeación nacional de corto, mediano y largo plazo”.

Dentro de las funciones específicas que establece el Decreto 1832 de 2012, destaca la Sala las siguientes:

“ARTÍCULO 2°. Funciones del Departamento Nacional de Planeación. Son funciones del Departamento Nacional de Planeación, además de las que determina el artículo 59 de la Ley 489 de 1998, y de conformidad con las disposiciones legales vigentes, las siguientes:

(...)

4. Brindar apoyo técnico a las entidades públicas del orden nacional y territorial para el desarrollo de sus funciones en los temas de competencia del Departamento Nacional de Planeación.

(...) 9. Diseñar, reglamentar, sistematizar y operar el Banco de Programas y proyectos de Inversión Nacional que deberá incluir los proyectos financiados total o parcialmente con recursos del Presupuesto General de la Nación y del Sistema General de Regalías.

(...)

17. Participar y apoyar a las entidades en las gestiones de financiamiento externo o interno relacionadas con los planes, programas y proyectos de desarrollo económico, social, institucional y ambiental.

(...)

24. Las demás que le sean asignadas, de conformidad con su naturaleza”.

Estas funciones resaltan la capacidad decisoria que en materia de inversión pública concentra como misión principal el Departamento Nacional de Planeación.

Ahora bien, a fin de determinar el objetivo y los elementos que definen y caracterizan los conceptos que debe emitir el Departamento Nacional de Planeación, punto central del debate planteado en la consulta, la Sala considera necesario revisar las disposiciones que establecen la competencia tanto del Ministerio de Hacienda y Crédito Público como del Departamento Nacional de Planeación, en la Ley 80 de 1993 y en el Decreto Reglamentario 2681 de 1993 en materia de operaciones de crédito público.

2. El contexto general de la Ley 80 de 1993 en la regulación de las operaciones de crédito público

La Carta Política de 1991 señaló sobre el crédito público que el Congreso de la República es competente para autorizar al Gobierno Nacional para celebrar contratos, negociar empréstitos y enajenar bienes nacionales (artículo 150 numeral 9); en tanto que compete al Presidente de la República celebrar los contratos que le correspondan con sujeción a la Constitución y la ley (artículo 189 numeral 23).

Es así como las entidades estatales pueden realizar operaciones de crédito público con el fin de obtener los recursos necesarios para el desempeño de sus funciones, o efectuar operaciones propias del manejo de deuda que tengan por objeto reducir su valor o mejorar su perfil. En Colombia la naturaleza jurídica de esas operaciones es de carácter contractual³.

En efecto, fue la Ley 80 de 1993 la que reconoció el carácter contractual de las operaciones de crédito público y las reguló. Esta normatividad resultó del debate y aprobación que se surtió respecto del proyecto de ley que presentó a consideración del Congreso de la República el Gobierno Nacional por conducto del Ministerio de Obras Públicas y Transporte, bajo el título “*Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública*”. Este cuerpo normativo se expuso como una herramienta jurídica importante en la actualización de la gestión pública, cuyo objetivo era contribuir a la eficiencia en el manejo de los recursos públicos, a la moralización de la gestión y a la economía en la contratación estatal⁴.

De los antecedentes de la ley, resulta importante resaltar que solo hasta la ponencia para segundo debate en el Senado se incluyó el tema de la regulación sobre las operaciones de crédito público⁵, para el efecto, se agregó un párrafo segundo dentro del artículo 41 disposición que tenía por nominación el “*perfeccionamiento del contrato*”.

El nuevo párrafo establecía que para la celebración de todo contrato de empréstito externo se requería concepto previo y autorización del Ministerio de Hacienda y Crédito Público en la forma en que lo dispusiera el reglamento. Sobre los contratos de empréstito interno de las entidades territoriales y de sus entidades descentralizadas, así como las operaciones asimiladas, señalaba que continuarían rigiéndose por las disposiciones que estaban vigentes sobre la materia. El contenido de este párrafo fue modificado por los legisladores en el sentido de adicionar la participación de la Comisión Interparlamentaria de Crédito Público junto a la competencia que en la expedición de los conceptos y autorizaciones contemplaba la norma para el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Una vez remitido el proyecto de ley para sanción presidencial este fue objetado parcialmente por razones de inconveniencia. Dentro de las disposiciones sometidas por el Ejecutivo a consideración del Congreso estaba el párrafo segundo del artículo 41 referente a las operaciones de crédito público. Se justificó la objeción en los siguientes términos:

“4. ARTÍCULO 41. PARÁGRAFO 2. La razón por la cual el Gobierno considera inconveniente el texto del proyecto consiste en que el empréstito no fue objeto de una reglamentación que tomando en cuenta la naturaleza peculiar de dicho contrato y la incidencia que el mismo tiene en el manejo macroeconómico del país, regulara aspectos fundamentales en esta materia tales como requisitos de celebración, jurisdicción aplicable y cláusulas especiales.

Desde este punto de vista es pertinente advertir que de acuerdo con el proyecto la celebración de los contratos de empréstito externo por parte de las entidades territoriales y de sus entidades descentralizadas no tiene ningún control por parte de las entidades nacionales.

(...)

De esta manera la reglamentación prevista es inconveniente y peligrosa porque puede acarrear graves consecuencias económicas y fiscales tanto para las entidades territoriales que podrían ver comprometidos sus recursos futuros en condiciones financieras muy gravosas o globalmente en exceso de límites razonables como para la nación que vería comprometido su buen nombre en los mercados financieros internacionales. De igual manera, la falta de control afecta gravemente el manejo de las variables macroeconómicas, monetarias, cambiarias y de balanza de pagos. (...)

En relación con la autorización de las autoridades nacionales conviene observar que es necesario establecer los procedimientos y los requisitos que deben cumplirse para efectos de que el Ministerio de Hacienda otorgue su concepto favorable. En efecto, en caso contrario no existirían unas reglas de juego claras para las entidades. Desde este punto de vista debería preverse la intervención del Conpes y del Departamento Nacional de Planeación, según el caso, para asegurarse que se acuda al crédito en concordancia con los planes de desarrollo y para proyectos con clara justificación económica y social.

A este respecto es pertinente señalar que exigir que todo contrato de empréstito externo de la Nación y de sus entidades descentralizadas requiera concepto de la Comisión Interparlamentaria de Crédito Público daría lugar a un exceso de trabajo para dicha Comisión que por lo demás no se reúne durante todo el año (...)."

De este breve relato de los antecedentes que permiten dar cuenta de la dinámica con que surge en la Ley 80 de 1993 la regulación de los contratos de empréstito, se puede colegir que siendo esta modalidad de contrato tan importante tanto para la buena marcha económica del país como para las relaciones de este con la comunidad financiera internacional, el asunto fue relegado a un segundo plano por el legislador.

Dentro de las principales omisiones que encontró el Gobierno en las objeciones que presentó a consideración del Congreso al referirse al tema de las operaciones de crédito público, hace notar, en primer lugar, una ausencia de control por parte de las autoridades nacionales en los contratos de empréstito que celebrarían las entidades territoriales y sus descentralizadas. En segundo lugar, advirtió sobre la importancia de prever en las operaciones de crédito público que requieren autorización de las autoridades nacionales, además de la injerencia del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, la intervención del Conpes y del Departamento Nacional de Planeación, según sea el caso, y justificó esta previsión en un objetivo: *“asegurarse que se acuda al crédito en concordancia con los planes de desarrollo y para proyectos con clara justificación económica y social”.*

Una vez se estudió el informe de objeciones del Gobierno tanto en la Cámara⁶ como en el Senado⁷ la Ley 80 de 1993 fue aprobada, sancionada y publicada⁸. El parágrafo 2º del artículo 41 definió las operaciones de crédito público, dispuso de trámites generales en su gestión, otorgó facultades al Gobierno Nacional para que mediante un decreto reglamentario determinara los casos en los que no se requieran los conceptos a los que se refiere dicho artículo, y además lo facultó para impartir autorizaciones de carácter general para tales operaciones.

En efecto, el inciso 1 del parágrafo 2 del artículo 41 de la Ley 80 de 1993 señaló que son operaciones de crédito público las que siguen:

contraprestación y éste se eleve a escrito.

(...)

PARÁGRAFO 2°. Operaciones de crédito público. Sin perjuicio de lo previsto en leyes especiales, para efectos de la presente ley se consideran operaciones de crédito público las que tienen por objeto dotar a la entidad de recursos con plazo para su pago, entre las que se encuentran la contratación de empréstitos, la emisión, suscripción y colocación de bonos y títulos valores, los créditos de proveedores y el otorgamiento de garantías para obligaciones de pago a cargo de las entidades estatales”.

Involucra a renglón seguido como operaciones de crédito público las propias del manejo de la deuda, entre otras:

“Así mismo, las entidades estatales podrán celebrar las operaciones propias para el manejo de la deuda, tales como la refinanciación, reestructuración, renegociación, reordenamiento, conversión, sustitución, compra y venta de deuda pública, acuerdos de pago, cobertura de riesgos, las que tengan por objeto reducir el valor de la deuda o mejorar su perfil, así como las de capitalización con ventas de activos, titularización y aquellas operaciones de similar naturaleza que en el futuro se desarrollen. Para efectos del desarrollo de procesos de titularización de activos e inversiones se podrán constituir patrimonios autónomos con entidades sometidas a la vigilancia de la Superintendencia Bancaria, lo mismo que cuando estén destinados al pago de pasivos laborales”.

Además teniendo en cuenta que las operaciones de crédito público se clasifican en operaciones de crédito público externo, interno y con garantía de la Nación, el parágrafo 2 define en relación con los trámites para dichas operaciones lo siguiente:

“Cuando las operaciones señaladas en el inciso anterior se refieran a operaciones de crédito público externo o asimiladas, se requerirá autorización previa del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, que podrá otorgarse en forma general o individual, dependiendo de la cuantía y modalidad de la operación.

Para la gestión y celebración de toda operación de crédito externo y operaciones asimiladas a éstas de las entidades estatales y para las operaciones de crédito público interno y operaciones asimiladas a éstas por parte de la Nación y sus entidades descentralizadas, así como para el otorgamiento de la garantía de la Nación, se requerirá la autorización del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, previos los conceptos favorables del CONPES y del Departamento Nacional de Planeación.

El Gobierno Nacional, mediante decreto reglamentario que expedirá a más tardar el 31 de diciembre de 1993, con base en la cuantía y modalidad de las operaciones, su incidencia en el manejo ordenado de la economía y en los principios orgánicos de este Estatuto de Contratación, podrá determinar los casos en que no se requieran los conceptos mencionados, así como impartir autorizaciones de carácter general para dichas operaciones. En todo caso, las operaciones de crédito público externo de la Nación y las garantizadas por ésta, con plazo mayor de un año, requerirán concepto previo de la Comisión Interparlamentaria de Crédito Público.

(...)”.

Como se observa, el parágrafo 2 del artículo 41 de la Ley 80 de 1993, dispuso una regla general conforme a la cual para la gestión y celebración de toda operación de crédito externo y operaciones asimiladas a estas de las entidades estatales y para las operaciones de crédito público interno y operaciones asimiladas a estas por parte de la Nación y sus entidades descentralizadas, así como para el otorgamiento de la garantía de la Nación, se requeriría la autorización del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, previos los conceptos favorables del Conpes y del Departamento Nacional de Planeación. A su vez, dejó en manos del Gobierno Nacional para que en ejercicio de la facultad reglamentaria expidiera un decreto que regulara las excepciones, esto es, los casos en los que no se requieran los mencionados conceptos para el trámite y gestión de las operaciones de crédito público.

3. El Decreto Reglamentario 2681 de 1993. La participación del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y del Departamento Nacional de Planeación en las autorizaciones y conceptos que requieren las operaciones de crédito público

En desarrollo del mandato contenido en la Ley 80 de 1993, el Gobierno Nacional, en ejercicio de su facultad reglamentaria expidió el Decreto 2681 de 29 de diciembre 1993, *“Por el cual se reglamentan parcialmente las operaciones de crédito público, las de manejo de la deuda pública, sus asimiladas y conexas y la contratación directa de las mismas”*. En el artículo 3º de este decreto se definió las operaciones de crédito público así:

“ARTÍCULO 3º Operaciones de Crédito Público. Son operaciones de crédito público los actos o contratos que tienen por objeto dotar a la entidad estatal de recursos, bienes o servicios con plazo para su pago o aquellas mediante las cuales la entidad actúa como deudor solidario o garante de obligaciones de pago.

Dentro de estas operaciones están comprendidas, entre otras, la contratación de empréstitos, la emisión, suscripción y colocación de títulos de deuda pública los créditos de proveedores y el otorgamiento de garantías para obligaciones de pago a cargo de entidades estatales.

Para efectos de lo dispuesto en el presente Decreto, las operaciones de crédito público pueden ser internas o externas. Son operaciones de crédito público internas las que, de conformidad con las disposiciones cambiarias, se celebren exclusivamente entre residentes del territorio colombiano para ser pagaderas en moneda legal colombiana. Son operaciones de crédito público externas todas las demás. Se consideran como residentes los definidos en el artículo 2º del Decreto 1735 de 1993 y las demás normas que lo complementen o modifiquen”.

El Decreto Reglamentario 2681 de 1993 continuó con la definición que traía la Ley 80 de 1993, según la cual las operaciones de crédito público, así como sus obligaciones jurídicas, surgen en forma contractual por virtud del acuerdo entre dos o más sujetos con el objeto de dotar a las entidades del Estado de una serie de recursos, bienes o servicios cuyo pago se realiza a plazo. Incluye esta noción la asunción de obligaciones crediticias solidarias y el otorgamiento de garantías para respaldar obligaciones de pago.

Esta característica reviste importancia en la medida en que son los mismos agentes que intervienen en la operación crediticia los que determinan la regulación de sus relaciones, el alcance de sus obligaciones, así como sus modalidades y condiciones de pago, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, aunque con sujeción a los límites que establece el ordenamiento aplicable.

Como se desprende de la norma reglamentaria, las operaciones de crédito público recaen sobre diferentes objetos, como son, dotar a la entidad de recursos líquidos, suministrar bienes diferentes a sumas de dinero o pueden consistir en la prestación de un servicio.

Igualmente, el decreto instrumentó los requisitos para la contratación de los empréstitos tanto internos como externos, y prefijó los roles y límites de participación que al efecto comparten el Departamento Nacional de Planeación y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público en la expedición de los conceptos y autorizaciones para la gestión y suscripción de las operaciones de crédito público.

Los requisitos para las operaciones de crédito público fueron señalados de manera desglosada dentro de la descripción normativa que hizo la norma de cada operación.

3.1 En relación a los contratos de empréstito, el Decreto 2681 de 1993 los definió en el artículo 7º como aquellos contratos mediante los cuales la entidad estatal contratante recibe en calidad de préstamo unos recursos en moneda legal o extranjera, obligándose la entidad a su pago y cancelación al momento del vencimiento del plazo. En cuanto al mecanismo de celebración el decreto señala que se hará de forma directa. Los siguientes artículos que se refieren al empréstito listan los requisitos que deben cumplirse para celebrar válidamente su contratación, diferenciando aquellos que debe cumplir la Nación si el endeudamiento es interno o externo. Igualmente señala los requisitos que deben cumplir las entidades descentralizadas del orden nacional y de entidades territoriales y sus descentralizadas si es interno o externo.

a. En la contratación de empréstitos internos

- En la contratación de empréstitos internos a nombre de la Nación:

“ARTÍCULO 9°. Empréstitos internos de la Nación. La celebración de contratos de empréstito interno a nombre de la Nación, requerirá autorización para suscribir el contrato, impartida mediante resolución del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, la cual podrá otorgarse una vez se cuente con el concepto favorable del Departamento Nacional de Planeación, cuando se trate de proyectos de inversión, y la minuta definitiva del contrato”.

- En la contratación de empréstitos internos de las descentralizadas del orden nacional:

“ARTÍCULO 11. Empréstitos Internos de Entidades Descentralizadas del orden nacional. La celebración de contratos de empréstito interno por las entidades descentralizadas del orden nacional, diferentes de las mencionadas en el artículo siguiente, requerirá autorización para suscribir el contrato y otorgar garantías al prestamista, impartida mediante resolución del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, la cual podrá otorgarse una vez se cuente con el concepto favorable del Departamento Nacional de Planeación y las correspondientes minutas definitivas”.

- En la contratación de empréstitos internos de las entidades territoriales y sus descentralizadas:

“ARTÍCULO 13. Empréstitos internos de entidades territoriales y sus descentralizadas. La celebración de empréstitos internos de las entidades territoriales y sus descentralizadas continuará rigiéndose por lo señalado en los Decretos 1222 y 1333 de 1986 y sus normas complementarias, según el caso.

Lo anterior, sin perjuicio de la obligación de registro de los mismos en la Dirección General de Crédito Público del Ministerio de Hacienda y Crédito Público”.

b. En la contratación de empréstitos externos

- En la contratación de empréstitos externos a nombre de la Nación:

“ARTÍCULO 8°. Empréstitos externos de la Nación. La celebración de contratos de empréstito externo a nombre de la Nación, requerirá:

a) Autorización para iniciar gestiones, impartida mediante resolución del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, la cual podrá otorgarse una vez se cuente con:

- 1. Concepto favorable del Consejo Nacional de Política Económica y Social, CONPES; y*
- 2. Concepto de la Comisión de Crédito Público si el empréstito tiene plazo superior a un año.*

b) Autorización para suscribir el contrato impartida por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público con base en la minuta definitiva del mismo”. - En la contratación de empréstitos externos de las entidades descentralizadas del orden nacional, de las entidades territoriales y sus descentralizadas:

“ARTÍCULO 10°. Empréstitos externos de entidades descentralizadas del orden nacional y de entidades territoriales y sus descentralizadas. La celebración de contratos de empréstito externo por las entidades descentralizadas del orden nacional, diferentes de las mencionadas en el artículo 12 del presente decreto, y por las entidades territoriales y sus descentralizadas requerirá:

a) Autorización para iniciar gestiones, impartida mediante resolución del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, la cual podrá otorgarse una vez se cuente con concepto favorable del Departamento Nacional de Planeación; y

b) Autorización para suscribir el contrato y otorgar garantías al prestamista, impartida por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con base en las correspondientes minutas definitiva”.

No podrán registrarse en la mencionada Dirección los empréstitos que excedan los montos individuales máximos de crédito de las entidades territoriales”.

-En la contratación de empréstitos de entidades con participación estatal superior al cincuenta por ciento e inferior al noventa por ciento de su capital así:

“ARTÍCULO 12.- Empréstitos de entidades con participación estatal superior al cincuenta por ciento e inferior al noventa por ciento de su capital. La celebración de contratos de empréstito por las entidades estatales con participación del Estado Superior al cincuenta por ciento e inferior al noventa por ciento de su capital, requerirá autorización del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, la cual podrá otorgarse una vez se cuente con el concepto favorable del Departamento Nacional de Planeación”.

c. En la celebración de los créditos de presupuesto de las entidades estatales con la Nación

“ARTÍCULO 14.- Créditos de presupuesto. Los empréstitos que celebren las entidades estatales con la Nación con cargo a apropiaciones presupuestales en los términos de la Ley 38 de 1989 o de las normas que la modifiquen o sustituyan, requerirán autorización del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, la cual se expedirá una vez se cuente con el concepto favorable del Departamento nacional de Planeación cuando tales empréstitos se efectúen para financiar gastos de inversión.

No obstante, el concepto del Departamento Nacional de Planeación no se requerirá en los créditos de presupuesto que celebre la Nación para la transferencia a determinadas entidades estatales de recursos de créditos externos contratados por ésta.

(...)”.

3.2 El artículo 17 del Decreto 2681 de 1993 considera la compra de bienes o servicios con plazo para su pago como créditos de proveedores. Los requisitos del crédito de proveedores son los mismos establecidos para los empréstitos dependiendo del ente que los celebre.

“ARTÍCULO 17. Créditos de proveedores. Se denominan créditos de proveedor aquellos mediante los cuales se contrata la adquisición de bienes o servicios con plazo para su pago.

Sin perjuicio del cumplimiento de los requisitos establecidos para la adquisición de bienes o servicios en la Ley 80 de 1993, los créditos de proveedor se sujetarán a lo dispuesto en los artículos anteriores, según se trate de empréstitos internos o externos y la entidad estatal que los celebre”.

redención, emitidos por las entidades estatales. De manera expresa señala que no se consideran títulos de deuda pública los valores que, en relación con las operaciones del giro ordinario de las actividades propias de su objeto social, emitan los establecimientos de crédito, las compañías de seguros y las demás entidades financieras de carácter estatal, con excepción de los que se coloquen en el mercado externo, los cuales requerirán autorización del Ministerio de Hacienda y Crédito Público. A continuación se definen los requisitos que se debe cumplir en la emisión de los títulos.

d. Sobre los títulos de deuda pública

- Para los títulos de deuda pública externa e interna de la Nación:

“ARTÍCULO 19. Títulos de deuda pública de la Nación. La emisión y colocación de títulos de deuda pública a nombre de la Nación requerirá autorización, impartida mediante resolución del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, la cual podrá otorgarse una vez se cuente con lo siguiente:

a) Concepto favorable del Consejo Nacional de Política Económica y Social, CONPES; y

b) Concepto de la Comisión de Crédito Público si se trata de títulos de deuda pública externa con plazo superior a una año”.

- Para los títulos de deuda externa de las entidades descentralizadas del orden nacional, de entidades territoriales y sus descentralizadas:

“ARTÍCULO 20. Títulos de deuda externa de entidades descentralizadas del orden nacional y de entidades territoriales y sus descentralizadas. La emisión y colocación de títulos de deuda pública externa de las entidades descentralizadas del orden nacional y de entidades territoriales y sus descentralizadas requerirá:

a) Autorización para iniciar gestiones, impartida por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, la cual podrá otorgarse una vez se cuente con el concepto favorable del Departamento Nacional de Planeación; y

b) Autorización de la emisión y colocación, incluida la suscripción de los contratos correspondientes, impartida mediante resolución del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en la cual se determine la oportunidad, características y condiciones de la colocación de acuerdo con las condiciones del mercado.

(...)”.

-Para los títulos de deuda interna de las entidades descentralizadas del orden nacional:

“ARTÍCULO 21. Títulos de deuda interna de entidades descentralizadas del orden nacional. La emisión y colocación de títulos de deuda pública interna de entidades descentralizadas del orden nacional requerirá autorización, impartida mediante resolución del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en la cual se determine la oportunidad, características y condiciones de la colocación. La mencionada autorización podrá otorgarse una vez se cuente con el concepto favorable del Departamento Nacional de Planeación”.

-Para los títulos de deuda interna de entidades territoriales y sus descentralizadas:

“ARTÍCULO 22. Títulos de deuda interna de entidades territoriales y sus descentralizadas. La emisión y colocación de títulos de deuda pública interna de entidades territoriales y sus descentralizadas requerirá autorización, impartida mediante resolución del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en la cual se determine la oportunidad, características y condiciones de la colocación de acuerdo con las condiciones de mercado. La mencionada autorización podrá otorgarse una vez se cuente con el concepto favorable de los organismos departamentales o distritales de planeación, según el caso.

El concepto de los organismos departamentales o distritales de planeación se expedirá sobre la justificación técnica, económica y social del proyecto, la capacidad institucional y la situación financiera de la entidad estatal, su plan de financiamiento por fuentes de recursos y el cronograma de gastos anuales, dentro del término y con los efectos establecidos en el parágrafo 2o. del artículo 41 de la Ley 80 de 1993.

(...)”.

3.4 Las garantías son también consideradas por el decreto como operaciones de crédito público en la medida en que representan un pasivo contingente para la entidad. Los requisitos para el otorgamiento de garantías se establecieron en los artículo 23 y 24 del Decreto 2681 de 1993.

“ARTÍCULO 23º.- Garantía de la Nación. Para obtener la garantía de la Nación, las entidades estatales deberán sujetarse a lo establecido en este Decreto y constituir las contragarantías adecuadas, a juicio del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

En ningún caso la Nación podrá garantizar obligaciones internas de pago de las entidades territoriales y sus descentralizadas, ni obligaciones de pago de particulares. No podrán contar con la garantía de la Nación los títulos de que trata el inciso segundo del artículo 18 del presente Decreto; no obstante, cuando la emisión corresponda a títulos de mediano y largo plazo, esto es, con plazo superior a un año, para ser colocados en el exterior, éstos podrán contar con la garantía de la Nación.

Tampoco podrá la Nación garantizar obligaciones de pago de entidades estatales que no se encuentren a paz y salvo en sus compromisos con la misma, no podrá extender su garantía a operaciones ya contratadas, si originalmente fueron contraídas sin garantía de la nación.

PARÁGRAFO.- El Consejo Nacional de Política Económica y Social, Conpes, determinará los criterios generales que deben satisfacer las operaciones de crédito público y las obligaciones de pago para obtener la garantía de la Nación y las condiciones en que ésta se otorgará.

ARTÍCULO 24º.- Otorgamiento de la garantía de la Nación. La Nación podrá otorgar su garantía a obligaciones de pago de las entidades estatales una vez se cuente con lo siguiente:

a) Concepto favorable del Consejo Nacional de Política Económica y Social, Conpes, respecto del otorgamiento de la garantía y el empréstito o la obligación de pago, según el caso;

b) Concepto de la Comisión de Crédito Público respecto del otorgamiento de la garantía de la Nación, si ésta se otorga por un plazo superior a un año; y,

c) El cumplimiento de lo dispuesto en el presente Decreto cuando se garantice la celebración de empréstitos o la emisión y colocación de títulos de deuda pública, según se trate de operaciones internas o externas y la entidad estatal que las celebre. No obstante, no se requerirá en este caso el concepto del Departamento Nacional de Planeación”.

En resumen:

El Decreto Reglamentario 2681 de 1993 previó la injerencia del Departamento Nacional de Planeación en relación con la expedición de conceptos previos, y la intervención del Ministerio de Hacienda y Crédito Público a efectos de expedir las respectivas autorizaciones para los siguientes eventos:

1) En el trámite y gestión de los empréstitos internos a nombre de la Nación (artículo 9) y los empréstitos internos de las descentralizadas del orden nacional (artículo 11). En relación con los empréstitos internos de la Nación el decreto reglamentario clarificó que el pronunciamiento del Departamento Nacional de Planeación se haría siempre y cuando se tratara de *“proyectos de inversión”*.

2) En relación a la contratación de empréstitos externos de las entidades descentralizadas del orden nacional, de las entidades territoriales y sus descentralizadas (artículo 10), y sobre los empréstitos de las entidades con participación estatal superior al cincuenta por ciento e inferior al noventa por ciento de su capital (artículo 12). En estos asuntos no se clarificó si el concepto se rendía sobre créditos para financiamiento de gastos de inversión o de funcionamiento.

3) Sobre los créditos de presupuesto de las entidades estatales con la Nación (artículo 14), evento en el que el decreto explicó expresamente que el concepto del Departamento Nacional de Planeación se rendiría siempre y cuando tales empréstitos se efectuaran para *“financiar gastos de inversión”*.

4) En relación con los créditos de proveedores (artículo 17) deberán cumplirse los requisitos dispuestos para los empréstitos dependiendo del carácter de la entidad con la que se contrate (artículos 9, 10, 11 y 12).

5) De igual forma para el trámite de los títulos de deuda externa de las entidades descentralizadas del orden nacional, de entidades territoriales y sus descentralizadas (artículo 20) y para los títulos de deuda interna de las entidades descentralizadas del orden nacional (artículo 21), tampoco se mencionó si el concepto se rendía sobre créditos para financiamiento de gastos de inversión o de funcionamiento.

Ahora bien, aun cuando los roles y límites de la intervención para rendir concepto y expedir las respectivas autorizaciones quedaron definidos en la forma antes descrita, el Decreto Reglamentario 2681 de 1993, en un capítulo posterior denominado *“Disposiciones de control y seguimiento”*, especificó los criterios sobre los cuales debían basarse tanto la emisión de las autorizaciones que corresponde al Ministerio de Hacienda y Crédito Público como los conceptos que debe expedir el Departamento Nacional de Planeación. Al respecto estableció:

“CAPITULO VI

Disposiciones de control y seguimiento

ARTÍCULO 40º.- *Emisión de autorizaciones y conceptos. Para emitir los conceptos y las autorizaciones que les corresponda, el Consejo Nacional de Política Económica y Social, Conpes, el Departamento Nacional de Planeación y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público tendrán en cuenta, entre otros, la adecuación de las respectivas operaciones a la política del Gobierno en materia de crédito público y su conformidad con el Programa Macroeconómico y el Plan Financiero aprobados por el Consejo Nacional de Política Económica y Social Conpes, y el Consejo Superior de Política Fiscal, Confis.*

Los conceptos del Conpes y del Departamento Nacional de Planeación, cuando haya lugar a ellos, se expedirán sobre la justificación técnica, económica y social del proyecto, la capacidad de ejecución y la situación financiera de la respectiva entidad, su plan de financiación por fuentes de recursos y el cronograma de gastos anuales.

PARÁGRAFO.- *Los mencionados conceptos y autorizaciones se podrán solicitar por las entidades estatales para una o varias operaciones determinadas.*

ARTÍCULO 41º.- Autorizaciones del Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Para pronunciarse sobre las autorizaciones de que trata el presente Decreto, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público tendrá en cuenta, entre otros criterios, las condiciones del mercado, las fuentes de recursos del crédito, la competitividad de las ofertas, la situación financiera de la entidad, determinada según se establece en el artículo siguiente y el cumplido servicio de la deuda por parte de dicha entidad”.

Como se observa, el Decreto 2681 de 1993 dedicó un aparte exclusivamente para regular cómo debía hacerse la emisión de los conceptos y de las autorizaciones. De la lectura de las disposiciones se infiere que el Departamento Nacional de Planeación, cuando deba emitir los conceptos, y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público siempre que vaya a expedir las autorizaciones, deberán utilizar los criterios de evaluación que señaló el decreto, así:

El Departamento Nacional de Planeación para emitir conceptos debe tener en cuenta:

- a) Justificación técnica, económica y social del proyecto.
- b) Capacidad de ejecución y la situación financiera de la respectiva entidad.
- c) Plan de financiación de la entidad por fuentes de recursos.
- d) Cronograma de gastos anuales.

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público para pronunciarse sobre las autorizaciones debe tener en cuenta:

- a) Las condiciones del mercado.
- b) Las fuentes de recursos del crédito.
- c) La competitividad de las ofertas.
- d) La situación financiera de la entidad.
- e) El cumplido servicio de la deuda por parte de dicha entidad.

Como puede apreciarse la textura de una y otra metodología para cumplir las funciones atribuidas contiene criterios, elementos y enfoques de justificación diversos, que se explican en razón de la naturaleza misma de las competencias que cada entidad tiene en virtud de la ley y la Constitución.

La función de conceptuar atribuida al Departamento Nacional de Planeación conforme a los criterios dictados por el decreto, rescata el argumento que diera el Gobierno Nacional en los debates de la Ley 80 de 1993 para justificar la participación de dicho departamento administrativo en procura de “asegurarse que se acuda al crédito en concordancia con los planes de desarrollo y para proyectos con clara justificación económica y social”. Es apenas lógico que el Gobierno y luego el legislador encontrara sentido en vincular la participación del Departamento Nacional de Planeación para conceptuar sobre estas materias que son justamente de su manejo y experticia¹⁰.

Nótese, en primer lugar, que el artículo 40 del Decreto 2681 de 1993 trae como primer elemento el estudio de *“la justificación técnica, económica y social del proyecto”* para luego referirse a aspectos de análisis financiero que lo que hacen es complementar la valoración del proyecto, pues de esta forma se asegura que existen los recursos suficientes para su operación y mantenimiento que es lo que en últimas interesa al concepto que puede aportar el Departamento Nacional de Planeación, de forma que no tendría sentido ni desde el enfoque del decreto ni desde las competencias legales y constitucionales del Departamento Nacional de Planeación pronunciarse sobre asuntos diferentes a las operaciones de crédito público relacionadas con proyectos de inversión.

En segundo lugar se desprende de la lectura del artículo 41 del decreto en comento, que son otras las consideraciones que debe tener en cuenta el Ministerio de Hacienda y Crédito Público al autorizar la operación, labor que no se reduce a dar un aval previo el concepto entregado por el Departamento Nacional de Planeación sino que implica un análisis con una perspectiva más orientada a los costos de oportunidad, a los criterios de competitividad y a las condiciones mismas del contrato de empréstito. Esto indica que aún tratándose de operaciones que involucren proyectos de inversión nacional o de endeudamiento para gastos de funcionamiento el Ministerio siempre deberá dar su autorización, lo que guarda coherencia con su competencia general de ser el máximo responsable de las finanzas públicas y de la política del endeudamiento de todos los entes del Estado.

En conclusión, al hacer una interpretación sistemática¹¹ de las competencias atribuidas al Departamento Nacional de Planeación por la Ley 80 de 1993 y su Decreto Reglamentario 2681 de 1993 en el contexto de los enunciados constitucionales (artículo 343 C.P), los antecedentes de la Ley 80 de 1993 (objeciones del Gobierno Nacional) y los objetivos y funciones generales que fija el Decreto 1832 de 2012 (decreto de estructura del DNP) es posible afirmar que, de acuerdo con la naturaleza de las funciones legal y constitucionalmente atribuidas al Departamento Nacional de Planeación, le corresponde emitir concepto sobre operaciones de crédito público siempre y cuando el objeto de financiamiento se refiera a proyectos de inversión.

Sin embargo, con el fin de concretar la competencia que en la expedición de conceptos atribuyen la Ley 80 de 1993 y el Decreto 2681 de 1993 al Departamento Nacional de Planeación, es necesario precisar los elementos de la noción técnica de *“proyecto de inversión”* dentro del concepto presupuestal de gastos de inversión.

4. Los “proyectos de inversión pública” como parte del concepto de gastos de inversión

En primer lugar es necesario contextualizar la noción de *“proyecto de inversión pública”* como parte del concepto de gastos de inversión, que, a su vez, se ubica en un conjunto de denominaciones propias del derecho presupuestal colombiano como pasa a explicarse.

El Presupuesto General de la Nación ha sido definido como *“... un mecanismo de racionalización de la actividad estatal, en tanto y en cuanto cumple funciones redistributivas de política económica, planificación y desarrollo; es también un instrumento de gobierno y de control en las sociedades democráticas (...)”*¹². De conformidad con lo dispuesto en el Estatuto Orgánico del Presupuesto – EOP, compilado en el Decreto 111 de 1996, el Presupuesto de Gasto o Ley de Apropiações del Presupuesto General de la Nación – PGN, se compone de los gastos de funcionamiento, del servicio de la deuda pública y de los gastos de inversión.¹³

Las leyes sobre presupuesto en Colombia mantienen la clasificación clásica que diferencia entre gastos de funcionamiento (u operativos) y gastos de inversión (o de capital) ¹⁴. Los gastos de funcionamiento se han entendido tradicionalmente como los que se deben realizar en forma indispensable para el correcto y normal desenvolvimiento de la administración en general, que pueden ser gastos de consumo, por ejemplo la conservación y reparación de edificios, renovación de bienes muebles, etc.; o retributivos de servicios, por ejemplo, el pago de sueldos, salarios, honorarios, etc. Estos gastos no significan un incremento directo del patrimonio del Estado, pero contribuyen a la productividad general del sistema económico y son tan necesarios como los gastos de inversión.

Por otro lado la comprensión de los gastos de inversión se ha referido a aquellas erogaciones del Estado que significan un incremento directo del patrimonio público. Pueden consistir en los emanados de la adquisición de bienes de producción como el caso de maquinarias, equipos, etc. o, en inversiones en obras públicas de infraestructura (presas hidroeléctricas; viaductos, carreteras, puentes) o en inversiones destinadas a industrias claves (siderurgia, petroquímica, fabricación de equipo pesado, etc.).

Según se observa, mientras que los gastos de funcionamiento retribuyen bienes de consumo o prestaciones de servicios, los gastos de inversión retribuyen bienes de capital y, por consiguiente, contribuyen a aumentar el capital del sector público de la economía.

En lo relacionado con el gasto de inversión, éste se clasifica de conformidad con la reglamentación que para el efecto determinó el Gobierno Nacional a través del Decreto 568 de 1996¹⁵ en desarrollo del mandato contenido por el Estatuto Orgánico de Presupuesto, que definió que el Proyecto de Presupuesto de Gastos de Inversión se presenta al Congreso por secciones presupuestales a nivel de programas y subprogramas. Al efecto dispuso el mencionado decreto:

“ARTÍCULO 14.- El proyecto de presupuesto de Gastos se presentará al Congreso clasificado en secciones presupuestales distinguiendo entre cada una los gastos de funcionamiento, servicio de la deuda pública y los gastos de inversión. Los gastos de inversión se clasificarán en Programas y Subprogramas. Son Programas los constituidos por las apropiaciones destinadas a actividades homogéneas en un sector de acción económica, social, financiera o administrativa a fin de cumplir con las metas fijadas por el Gobierno Nacional, a través de la integración de esfuerzos con recursos humanos, materiales y financieros asignados. Son Subprogramas el conjunto de proyectos de inversión destinados a facilitar la ejecución en un campo específico en virtud del cual se fijan metas parciales que se cumplen mediante acciones concretas que realizan determinados órganos. Es una división de los Programas”.

Ya desde antes el legislador se ocupó del tema de los proyectos en relación a la planeación del Estado. En este punto es importante señalar que con la promulgación de la Ley 38 de 1989 la materia tuvo una innovación importante con la introducción del Banco de Proyectos de Inversión Nacional (BPIN) como una herramienta básica en la racionalización del gasto público. Desde entonces, la concepción de “proyecto” como un instrumento del sistema de planificación, y el manejo en la clasificación de los “proyectos” en cabeza del Departamento Nacional de Planeación, se mantuvo invariable en sus elementos normativos. Veamos:

Originalmente el Estatuto Orgánico del Presupuesto General de la Nación, Ley 38 de 1989, indicó:

“ARTÍCULO 32. Banco de Proyectos. Es un conjunto de actividades seleccionadas como viables, previamente evaluadas social, técnica, económicamente y registradas y sistematizadas en el Departamento Nacional de Planeación.

En el plazo de un año y a partir de la vigencia de la presente Ley, el Departamento Nacional de Planeación conjuntamente con el Fondo Nacional de Proyectos para el Desarrollo, deberán reglamentar el funcionamiento del Banco de Proyectos.

Los proyectos de inversión para el apoyo regional autorizados por la ley formarán parte del Banco de Proyectos”.

Luego, el Decreto 841 de 1990 “Por el cual se reglamenta la Ley 38 de 1989, normativa del Presupuesto General de la Nación, en lo referente al Banco de Proyectos de Inversión y otros aspectos generales” señaló al respecto:

“ARTÍCULO 3º.- Banco de Proyectos de Inversión Nacional. El Banco de Proyectos de Inversión Nacional es un sistema de información que registra proyectos de inversión seleccionados como viables, susceptibles de ser financiados con recursos del presupuesto general de la Nación, previamente evaluados técnica, económica y socialmente, administrado por el Departamento Nacional de Planeación.

En desarrollo de lo establecido en este decreto y en el artículo 32 de la Ley 38 de 1989, su funcionamiento operativo será regulado por el Departamento Nacional de Planeación y el Fondo Nacional de Proyectos de Desarrollo a través de la expedición del manual de operación y metodologías que se define en el artículo 5 de este Decreto”.

En la Ley 152 de 1994 “por la cual se establece la Ley Orgánica del Plan de Desarrollo” se dispuso lo siguiente:

“ARTÍCULO 27. Banco de Programas y Proyectos de Inversión Nacional. El Banco de Programas y Proyectos de Inversión Nacional es un instrumento para la planeación que registra los programas y proyectos viables técnica, ambiental y socioeconómicamente, susceptibles de financiación con recursos del Presupuesto General de la Nación.

Los Ministerios, Departamentos Administrativos, la Contraloría, la Procuraduría, la Veeduría, la Registraduría, la Fiscalía y las entidades del orden nacional deberán preparar y evaluar los programas que vayan a ser ejecutados, en desarrollo de los lineamientos del plan y para el cumplimiento de los planes de acción.

El Departamento Nacional de Planeación conceptuará sobre tales programas de inversión y los registrará en el Banco de Programas y Proyectos de Inversión Nacional.

El Departamento Nacional de Planeación tendrá la obligación de mantener actualizada la información que se registra en el Banco de Programas y Proyectos de Inversión Nacional.

(...)”.

Actualmente el Decreto 111 de 1996 “Por el cual se compilan la Ley 38 de 1989, la Ley 179 de 1994 y la Ley 225 de 1995 que conforman el Estatuto Orgánico del Presupuesto” bajo la misma orientación prescribe:

“ARTÍCULO 9º. Banco Nacional de Programas y Proyectos. Es un conjunto de actividades seleccionadas como viables, previamente evaluadas social, técnica, económicamente y registradas sistematizadas en el Departamento Nacional de Planeación.

En el plazo de un año y a partir de la vigencia de la presente ley, el Departamento nacional de Planeación conjuntamente con el Fondo Nacional de Proyectos para el Desarrollo deberán reglamentar el funcionamiento del Banco Nacional de Programas y Proyectos.

Los proyectos de inversión para el apoyo regional autorizados por la ley formarán parte del Banco Nacional de Programas y Proyectos (Ley 38/89, artículo 32 Ley 179/94, artículo 55, inciso 12)”.

Por otra parte, el Decreto 2844 de 2010 “Por el cual se reglamentan normas orgánicas de Presupuesto y del Plan Nacional de Desarrollo” concretó con mayor detalle el contenido de los “proyectos de inversión pública¹⁶”. Al respecto señaló:

“ARTÍCULO 5º. Proyectos de inversión pública. Los proyectos de inversión pública contemplan actividades limitadas en el tiempo, que utilizan total o parcialmente recursos públicos, con el fin de crear, ampliar, mejorar, o recuperar la capacidad de producción o de provisión de bienes o servicios por parte del Estado.

Los proyectos de inversión se clasificarán de acuerdo con los lineamientos que defina el Departamento Nacional de Planeación, atendiendo las competencias de las entidades y las características inherentes al proyecto. Con fundamento en estos criterios, se determinarán los requerimientos metodológicos que deberá atender cada proyecto de inversión para su formulación, evaluación previa, registro, programación, ejecución, seguimiento y evaluación posterior”.

Ahora bien, aun cuando los proyectos tienen una orientación general de gasto la cual es determinada por su objeto, estos a su vez pueden contener diferentes tipos de gasto. Por esa razón el artículo 17 del Estatuto Orgánico de Presupuesto consagra el principio de programación integral el cual dispone:

“ARTÍCULO 17. Programación integral. Todo programa presupuestal deberá contemplar simultáneamente los gastos de inversión y de funcionamiento que las exigencias técnicas y administrativas demanden como necesarios para su ejecución y operación, de conformidad con los procedimientos y normas legales vigentes.

PARÁGRAFO. El programa presupuestal incluye las obras complementarias que garanticen su cabal ejecución”.

Así pues se debe entender que existe inversión que requiere de un componente de funcionamiento, el cual debe ser estrictamente necesario para que la inversión alcance el objetivo del proyecto fijado. Por esa razón, los proyectos de inversión deben contemplar no solamente los gastos de inversión sino que deben especificar los gastos de funcionamiento inherentes al proyecto mismo. Esto es mucho más claro en lo que se refiere a la noción constitucional de gasto social o de “inversión social”, sobre la cual la Corte Constitucional manifestó:

“Trae la Carta Política en varios de sus preceptos, el concepto de inversión social para otorgarle a los gastos de esta naturaleza el carácter de gastos de inversión por oposición a lo que la ciencia económica denomina gastos de funcionamiento y gastos de servicio de la deuda (art. 24 Ley 38/89). De manera que las transferencias gubernamentales a que se refieren los artículos 356 y 357 de la Carta, deben ser destinadas a gastos de inversión social.

(...)

Una interpretación literal y exegética del artículo 357 de la Carta podría dar a entender que la participación de los municipios en los ingresos corrientes sólo puede estar destinada a gastos de inversión, esto es, a gastos destinados a aumentar la formación bruta de capital fijo en el sector social respectivo, puesto que la norma constitucional habla expresamente de “inversión” y no menciona los gastos de funcionamiento y, a nivel económico y financiero, en general se tiende a oponer los gastos de inversión y los de funcionamiento. Sin embargo la Corte considera que esa interpretación no es admisible por cuanto ella comporta conclusiones contrarias a los propios principios y valores constitucionales. En efecto, si el artículo 357 de la Carta hubiera establecido una rígida dicotomía entre los gastos sociales de inversión y los gastos sociales de funcionamiento, entonces tendríamos que concluir que un municipio, por medio de su participación en los ingresos corrientes de la Nación, podría financiar la construcción de una escuela o de un hospital, pero no podría pagar los salarios de los médicos y los profesores respectivos. Esta conclusión es inaceptable puesto que el objetivo de la inversión y el gasto social en la Constitución no es aumentar la producción de determinados bienes físicos -como si éstos fueran valiosos en sí mismos- sino mejorar el bienestar general y satisfacer las necesidades de las personas, en especial de aquellos sectores sociales discriminados (...).

(...) Por eso, en determinadas circunstancias, constituye una mejor inversión en el bienestar de la población que las autoridades gasten en el funcionamiento de las escuelas y los centros de salud, en vez de efectuar nuevas construcciones en este campo. Por consiguiente, interpretar de manera restrictiva el alcance del concepto de inversión social, en el sentido de que sólo caben “inversiones en el sentido económico financiero del término, puede provocar una proliferación de obras físicas que, lejos de permitir una mejor satisfacción de las necesidades básicas de la población, puede hacer inútil e irracional el gasto social”17.

Sin embargo, las definiciones y descripciones clásicas de lo que envuelven los gastos de funcionamiento y los gastos de inversión parecen desdibujarse en la práctica en donde algunas veces el operador se enfrenta a problemas e inconvenientes para encasillar en uno u otro componente un determinado gasto.

Por esta razón, entiende la Sala que lo que puede generar una dificultad en determinado momento para el ejercicio de la competencia del Departamento Nacional de Planeación sobre los conceptos que debe rendir con relación a los empréstitos que buscan financiar “proyectos de inversión”, más allá de que su competencia se encuentre delimitada en razón a la naturaleza de sus funciones, es la débil línea divisoria y la falta de distinción conceptual clara entre las nociones de gastos de funcionamiento y gastos de inversión.

Empero no está al alcance de este concepto determinar los parámetros ni la metodología con la que pueda solventarse la situación descrita, pues será la iniciativa política y la voluntad del legislador las que contribuyan a depurar los presupuestos y a sincerar los gastos del Estado para

evitar confusiones en materia de su naturaleza, si son de inversión o de funcionamiento. Inclusive podría analizarse la posibilidad de replantear la necesidad de mantener esa tradicional dicotomía entre funcionamiento e inversión y crear nuevas herramientas y conceptos que fortalezcan la práctica presupuestal dentro del contexto del Estado Social de Derecho que, sin duda, influye en el entendimiento de estos conceptos técnicos económicos, cuya rigidez puede afectar principios y valores constitucionales en su aplicación y propiciar disfunciones y contratiempos en el manejo del sistema presupuestal.

5. Competencia funcional y temporal del Gobierno Nacional para modificar el

Decreto 2681 de 1993

Representa un reto interesante para la administración pública la posibilidad de reformar la normatividad existente sobre las operaciones de crédito público, especialmente actualizar el Decreto 2681 de 1993 cuya aplicación acusa obsolescencia ya por la falta de claridad en algunos temas como el que acá se analizó, ya por el creciente **volumen y** complejidad de las operaciones que surgen en el marco de una **economía mundial** globalizada en la que el crédito público como fuente de financiamiento para las **inversiones** de los Estados ocupa un lugar preponderante, y exige contar con modernas **técnicas e** instrumentos para la toma de decisiones.

Al respecto, corresponde a la Sala atender la duda que manifestó la entidad consultante en su ampliación de consulta, sobre si es procedente modificar el Decreto 2681 de 1993 teniendo en cuenta que el parágrafo segundo del artículo

41 de la Ley 80 de 1993 que ordenó su expedición fijó un término para cumplir con este cometido el cual ya se cumplió, y en esa medida determinar si la potestad reglamentaria se agotó con la expedición del mencionado decreto, o si por el contrario es viable modificarlo.

Desde ya observa la Sala que el plazo fijado en la mencionada disposición legal no limita la facultad que tiene el Gobierno Nacional de dictar el reglamento en esa materia y tampoco para realizar en lo sucesivo modificaciones al mismo o reglamentar otros aspectos, en ejercicio de la facultad reglamentaria que le otorga el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política.

Recuerda la Sala que el Decreto 2681 se expidió el 29 de diciembre 1993 por el Gobierno Nacional en ejercicio de las facultades que le confirió el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política, el Decreto 2112 de 1992 y en desarrollo de la Ley 80 de 1993, que en su artículo 4, parágrafo 2o. señaló que se el decreto se “expedirá a más tardar el 31 de diciembre de 1993”. Según se expresó en su epígrafe el objeto del mismo fue reglamentar parcialmente las operaciones de crédito público, las de manejo de la deuda pública, sus asimiladas y conexas y la contratación directa de las mismas. Conforme a su artículo 45 entró en vigencia el 1 de enero de 1994.

Teniendo en cuenta que el Gobierno Nacional al expedir el Decreto 2681 de 1993 invocó las facultades ordinarias de la potestad reglamentaria que lo autoriza para expedir normas de carácter general destinadas a la ejecución y cumplimiento de la ley, la Sala estima necesario analizar algunos aspectos generales relacionados con la misma, en especial, en relación con la competencia funcional y temporal del Gobierno Nacional para ejercerla.

Sea lo primero señalar que, aún cuando conforme a lo dispuesto por la Constitución corresponde al Congreso de la República hacer las leyes y, por medio de ellas interpretarlas, reformarlas y derogar la legislación preexistente a través de lo que se ha denominado la “*cláusula general de competencia*” (artículos 114 y 150 C.P); también, bajo el concepto de colaboración armónica (inciso 2 del artículo 113 C.P), corresponde al Presidente de la República, como Jefe de Estado, Jefe del Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa, “*11. Ejercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes*” (artículo 189 numeral 11° C.P).

Por consiguiente, la competencia funcional de Presidente de la República para ejercer la facultad reglamentaria quedó establecida en el artículo 189 numeral 11 de la Constitución Política.

En cuanto a las características principales de la facultad reglamentaria, sus límites y sobre todo su ejercicio en el tiempo, la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado señaló sentencia del 3 de diciembre de 2007 que esta es una “*facultad constitucional que se atribuye de manera permanente al Gobierno Nacional para expedir un conjunto de disposiciones jurídicas de carácter general y abstracto para la debida*

ejecución de la ley, a través de las cuales desarrolla las reglas y principios en ella fijados y la completa en aquellos detalles y pormenores necesarios que permiten su aplicación, pero que en ningún caso puede modificar, ampliar o restringir en cuanto a su contenido o alcance”18.

Dicho pronunciamiento del Consejo de Estado se originó en una situación similar a la que se plantea en esta oportunidad ante la Sala de Consulta y por eso se trae a colación *mutatis mutandi*. En esa ocasión la Sección Tercera de la Corporación estudió la legalidad del Decreto 2170 de 2002, expedido por el Gobierno Nacional en ejercicio de las facultades que le confiere el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política, con el fin de reglamentar la Ley 80 de 1993, modificar el Decreto 855 de 1994 y dictar otras disposiciones.

La demanda contra el Decreto 2170 sostenía que el Congreso de la República al expedir la Ley 80 de 1993, en el parágrafo 2 del artículo 24, se desprendió de la facultad de regular todo lo relacionado con el sistema de contratación directa, haciendo uso de la función prevista en el numeral 10 del artículo 150 de la Constitución Política, que le permite revestir, hasta por seis (6) meses, al Presidente de la República de precisas facultades para expedir normas con fuerza de ley y que en desarrollo de esas facultades y dentro del plazo concedido, el Gobierno Nacional expidió con fuerza de ley el Decreto 855 de 1994, que contiene toda la normatividad a la cual deben ceñirse las entidades estatales cuando ellas pretendan contratar directamente en los casos en que el Legislador permitió este tipo de contratación, de manera que, una vez finalizado dicho lapso, se agotó toda posibilidad del Ejecutivo para expedir regulaciones respecto del sistema de contratación directa.

El análisis de la sentencia de la Sección Tercera de 7 de diciembre de 2007 en este punto se centró en el estudio de dos providencias, la primera de estas, también de dicha sección con fecha 22 de marzo de 2001, que a propósito de la naturaleza jurídica del Decreto 855 de 1994, *“por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 80 de 1993 en materia de contratación directa”*, indicó lo siguiente:

“Es evidente, entonces, que si bien la mención que la ley haga de la potestad reglamentaria del Presidente de la República resulta inocua, dada su consagración constitucional, cuando aquélla establece un plazo para su ejercicio, resulta violada la Carta Fundamental. Así las cosas, la previsión en tal sentido contenida en el parágrafo segundo del artículo 24 de la Ley 80 de 1993 contraviene la Constitución y debe ser, en consecuencia, inaplicada en este caso concreto.19

Con fundamento en lo anterior, queda establecida la naturaleza reglamentaria de la norma demandada, por lo cual resulta clara la competencia de esta corporación para conocer el proceso, conforme a lo dispuesto en el artículo 237 de la Constitución Política. Por otra parte, los argumentos que acaban de exponerse permiten desechar de plano el primero de los cargos formulados en la demanda, relativo a la violación del parágrafo segundo del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, por haberse expedido el Decreto 855 de 1994 por fuera del término previsto en aquél...”20.

La segunda sentencia en la que apoyó sus argumentos la Sección Tercera es la C-508 de 2002 de la Corte Constitucional, en la cual dicha corporación se pronunció sobre la exequibilidad del parágrafo segundo del artículo 24 de la Ley 80 de 1993 y concluyó que el plazo de seis meses que se fijó en el parágrafo del mencionado artículo se ajustaba a la Carta Política, como sigue:

“...Si bien es cierto, el artículo 189, numeral 11 de la Carta, no contiene ninguna limitación temporal al Presidente de la República para el ejercicio de la potestad reglamentaria, ya que la cumplida ejecución de la ley como finalidad de dicha potestad, requiere que ella sea permanente, que pueda adaptarse a las circunstancias sociales de suyo cambiantes, y, en consecuencia que permanezca en el Presidente de la República mientras dure la vigencia de la ley sin que se extinga por su ejercicio, pues el reglamento inicial puede ser objeto de variación posterior cuando ello se requiera; cuando el legislador fija un plazo para que el Gobierno ejerza su facultad de reglamentar una ley, dicho término puede ser considerado como impulsor21 con el fin de garantizar el efectivo cumplimiento de las leyes, en caso que el legislador considere que por la materia de que se trata se requiere de una pronta y urgente reglamentación. Pero dicho plazo, en todo caso no limita ni agota la posibilidad de que el Presidente de la República reglamente la ley en cualquier tiempo durante su vigencia. (...)

De conformidad con lo expuesto, considera la Corte que el plazo fijado por el legislador al Presidente de la República para la expedición de un reglamento de contratación directa, no viola el artículo 189, numeral 11 superior, bajo el entendido de que dicho término no se convierte en una limitación temporal para el ejercicio de dicha facultad constitucional, pues como ha quedado establecido esa potestad no se agota y, en consecuencia puede ser ejercida en cualquier tiempo. Adicionalmente, la fijación de ese plazo en el caso sub examine, resulta congruente con el artículo 209 de la Constitución, si se tiene en cuenta que el inciso segundo del parágrafo acusado dispone que si el Gobierno no expide el reglamento a que se ha hecho referencia, no podrá celebrarse directamente contrato alguno por ninguna entidad del Estado, so pena de nulidad,

circunstancia que llevaría a la parálisis de la administración en detrimento de los intereses generales, en los eventos en que por ministerio de la ley se imponga la celebración de un contrato estatal a través de esa forma o manera de contratar”²². De los extractos jurisprudenciales del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional concluyó lo siguiente:

“De acuerdo con lo anterior, se observa que, no obstante que las sentencias citadas difieren en cuanto a la consecuencia de haber incluido el plazo de los seis (6) meses en el citado párrafo del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, en cuanto en la primera se inaplica por haber sido considerado inconstitucional a la luz de la jurisprudencia constitucional vigente en esta materia y en la segunda se declara exequible por considerar que se trataba de un término “impulsor”, ambas coinciden en señalar que el término fijado en el párrafo segundo del artículo 24 de la Ley 80 de 1993 no limita la facultad que tiene el Gobierno Nacional de dictar el reglamento de contratación directa por fuera de ese plazo y, por esta misma razón jurídica, tampoco le está vedado realizar en lo sucesivo modificaciones al mismo o reglamentar otros aspectos, en ejercicio de la facultad reglamentaria a él otorgada en el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política.

En suma, la facultad del Gobierno Nacional en relación con el tema de la contratación directa no se agotó con el vencimiento del plazo de seis (6) meses establecido en el párrafo segundo del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, ni menos aún con la expedición del Decreto 855 de 1994, por cuanto la Constitución Política y la ley le otorgan competencia al Ejecutivo para reglamentar la materia y modificar el reglamento expedido obedeciendo los principios en ella establecidos, tal y como la jurisprudencia constitucional y contencioso administrativa lo tienen dilucidado”²³.

Así las cosas, encuentra la Sala que dentro de las principales características que la jurisprudencia y la doctrina han identificado de la potestad reglamentaria están la de ser una atribución constitucional inalienable, intransferible, irrenunciable e inagotable, pues no tiene plazo y puede ejercerse en cualquier tiempo, atributos indispensables para que la Administración cumpla con su función de ejecutar la ley²⁴. Por tales razones, se infiere que la facultad reglamentaria del Gobierno Nacional en relación con las operaciones de crédito público no se agotó con el vencimiento del plazo establecido en el párrafo 2 del artículo 41 de la Ley 80 de

1993, ni menos aún con la expedición del Decreto 2681 de 1993, por cuanto la Constitución Política le otorga competencia permanente para reglamentar la materia y modificar el reglamento expedido.

En consecuencia, y al tener en cuenta que el Decreto 2681 de 1993 goza de la condición de ser un decreto reglamentario, concluye la Sala que puede el Gobierno Nacional, con fundamento en el párrafo segundo del artículo 41 de la Ley 80 de 1993 y el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política, en uso de su facultad reglamentaria modificarlo²⁵, de manera que se clarifiquen, entre otros asuntos, el alcance y fundamento de los conceptos y las autorizaciones que se requieren para la gestión, trámite y suscripción en las distintas modalidades en las que se presentan las operaciones de crédito público.

Conforme a lo expuesto, la Sala RESPONDE:

1. *“¿De conformidad con el artículo 40 del Decreto 2681 de 1993, es competente el Departamento Nacional de Planeación para emitir conceptos sobre operaciones de crédito público, cuando el objeto del gasto corresponda a funcionamiento?”*

No. Conforme a la Ley 80 de 1993, al Decreto Reglamentario 2681 de 1993 y a la naturaleza de las funciones legal y constitucionalmente atribuidas al Departamento Nacional de Planeación, le compete emitir concepto sobre operaciones de crédito público siempre y cuando el objeto de financiamiento corresponda a proyectos de inversión.

2. *“De ser afirmativa la respuesta anterior, ¿cuáles deberían ser los criterios a considerar en el estudio de una operación de crédito tendiente a financiar gastos de funcionamiento, para delimitar su evaluación técnica, económica y social en los términos del artículo 7 del Decreto 841 de 1990, cuando en el ciclo presupuestal, los análisis financieros de los recursos de las entidades estatales, está (sic) a cargo y centralizado (sic) por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público?”*

De acuerdo con la anterior respuesta, por sustracción de materia, no se presenta la hipótesis que plantea esta pregunta.

3. “¿Puede el Gobierno Nacional, con fundamento en el parágrafo segundo del artículo 41 de la Ley 80 de 1993 y el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política, en uso de su facultad reglamentaria modificar el Decreto 2681 de 1993?”

El Gobierno Nacional, con fundamento en el parágrafo segundo del artículo 41 de la Ley 80 de 1993 y el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política, en uso de su potestad reglamentaria puede modificar el Decreto 2681 de 1993.

Remítase a la Directora del Departamento Nacional de Planeación y a la
Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

AUGUSTO HERNÁNDEZ BECERRA

PRESIDENTE DE LA SALA

GERMÁN ALBERTO BULA ESCOBAR

CONSEJERO DE ESTADO

ÁLVARO NAMÉN VARGAS

CONSEJERO DE ESTADO

WILLIAM ZAMBRANO CETINA

CONSEJERO DE ESTADO

LUCÍA MAZUERA ROMERO

SECRETARIA DE LA SALA

NOTAS DE PIE DE PÁGINA:

1 “Por el cual se reglamentan parcialmente las operaciones de crédito público, las de manejo de la deuda pública, sus asimiladas y conexas y la contratación directa de las mismas”.

2 Este Decreto a su vez fue modificado por el Decreto 1959 de 11 de septiembre de 2013 pero sólo respecto de la estructura dejando incólumes las funciones relacionadas en el Decreto 4712 de

2008.

varias propuesta doctrinales que pueden agruparse en tres categorías: las teorías que consideran que la emisión del empréstito públicos es un acto derivado de la soberanía del Estado, las que tratan de explicar su naturaleza jurídica por medio del concepto de soberanía legislativa del Estado y las que le atribuyen naturaleza contractual". Confrontar en MUÑOZ MARTÍNEZ, Gabriel. "Los Ingresos de la Hacienda Pública" En PIZA RODRIGUEZ, Julio. "Curso de Derecho Presupuestario". Bogotá, 2010, Universidad Externado de Colombia, p. 345.

4 En el Senado de la República se le asignó el No. 149 de 1992 y fue publicado en la Gaceta del Congreso No. 75 de 23 de septiembre de 1992.

5 Gaceta del Congreso No. 145 de 21 de mayo de 1993.

6 Gaceta del Congreso No. 348 de 8 de octubre de 1993.

7 Gaceta del Congreso No. 341 de 1 de octubre de 1993.

8 Ley 80 de 1993 "Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública." Diario Oficial No. 41.094 de 28 de octubre de 1993.

9 Para el caso de los Entes Universitarios Autónomos y las Corporaciones Autónomas Regionales, si bien el Decreto 2681 de 1993 no establece que deban tener el concepto del DNP para sus operaciones de endeudamiento, el artículo 7 de la Ley 781 de 2002 "Por la cual se amplían las autorizaciones conferidas al Gobierno Nacional para celebrar operaciones de crédito público externo e interno y operaciones asimiladas a las anteriores y se dictan otras disposiciones" dispone que, para la gestión y celebración de los actos y contratos de que trata el mencionado decreto, éstas deben sujetarse a la normatividad aplicable para las entidades descentralizadas del orden nacional y en consecuencia deben contar con el concepto del DNP para sus operaciones de endeudamiento.

10 Otras normas dan cuenta del énfasis que el legislador ha puesto en el Departamento Nacional de Planeación en el manejo de los temas de inversión pública en el país, a manera de ejemplo, la ley 152 de 1994 "por la cual se establece la Ley Orgánica del Plan de Desarrollo", indica algunas competencias del DNP relacionadas en la materia en los artículos 27 y 29 así: "Artículo 27. Banco de Programas y Proyectos de Inversión Nacional (...) El Departamento Nacional de Planeación conceptuará sobre tales programas de inversión y los registrará en el Banco de Programas y Proyectos de Inversión Nacional (...).

ARTÍCULO 29. Evaluación. Corresponde al Departamento Nacional de Planeación, en su condición de entidad de planeación, diseñar y organizar los sistemas de evaluación de gestión y de resultados de la administración, tanto en lo relacionado con políticas como con proyectos de inversión, y señalar los responsables, términos, y condiciones para realizar la evaluación (...). También la ley 819 de 2003 "por la cual se dictan normas orgánicas en materia de presupuesto, responsabilidad y transparencia fiscal y se dictan otras disposiciones", en su artículo 10 atribuyó competencias al DNP en relación con las vigencias futuras ordinarias y señaló que: "(...) c) Cuando se trate de proyectos de inversión nacional deberá obtenerse el concepto previo y favorable del Departamento Nacional de Planeación y del Ministerio del ramo.

11 Es decir aquella según la cual, se puede acudir al contexto de la ley para ilustrar el sentido de sus partes, de manera que haya entre todas la debida correspondencia y armonía; dicho de otro modo, que de la interpretación de unas normas y otras pueda fijárseles el sentido que mejor convenga en su totalidad, o ser ilustrada frente al contenido de otras normas que versen sobre los mismos asuntos (sistemática o coherente). A este respecto el Código Civil en su artículo 30 señala: "El contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía. Los pasajes oscuros de una ley pueden ser ilustrados por medio de otras leyes, particularmente si versan sobre el mismo asunto". Interpretación sistemática que debe guardar armonía con "el espíritu general de la legislación y a la equidad natural" (artículo 32 Código Civil).

comprensión dudosa de un significado sugerido, o no impedido, por el sistema jurídico del que forma parte. (La definición es de G. Tarello, *L'interpretaciones della legge*, cit, p.376). // En las culturas jurídicas modernas el conjunto de preceptos que forman un ordenamiento jurídico concreto es concebido, no como una mera adición, sino como un sistema". Confrontar en VÁSQUEZ, Rodolfo, "Interpretación Jurídica y Decisión Judicial", México, 2006, Distribuciones Fontamara S.A, p. 176.

12 Corte Constitucional, sentencia C-685 de 1996, reiterado en sentencias C-1645 de 2000, y C-066 de 2003.

13 Decreto 111 de 1996. "Por el cual se compilan la Ley 38 de 1989, la Ley 179 de 1994 y la Ley 225 de 1995 que conforman el estatuto orgánico del presupuesto". "Artículo 36. El presupuesto de gastos se compondrá de los gastos de funcionamiento, del servicio de la deuda pública y de los gastos de inversión".

14 De conformidad con el literal A del Artículo 39 del Decreto 2517 de 2012 "Por el cual se liquida el presupuesto general de la Nación para la vigencia fiscal 2013", los gastos de funcionamiento "son aquellos dirigidos a atender las necesidades de las entidades con el fin de cumplir con las funciones que le han sido designadas por la Constitución y la Ley". El literal C del mismo artículo define los gastos de inversión como "aquellas erogaciones susceptibles de causar réditos o de ser de algún modo económicamente productivas, o que tengan cuerpo de bienes de utilización perdurable, llamados también de capital por oposición a los de funcionamiento, que se hayan destinado por lo común a extinguirse con su empleo. Asimismo, aquellos gastos destinados a crear infraestructura social. La característica fundamental de este gasto debe ser que su asignación permita acrecentar la capacidad de producción y productividad en el campo de la estructura física, económica y social. Las inversiones que estén financiadas con recursos del crédito externo, para poder ejecutarse, deberán tener el recurso incorporado en el Presupuesto, tener aprobación de la Dirección General de Crédito Público y Tesoro Nacional y someterse a los procedimientos de contratación administrativa".

15 "Por el cual se reglamentan las Leyes 38 de 1989, 179 de 1994 y 225 de 1995 Orgánicas del Presupuesto General de la Nación".

16 Este concepto ya había sido materia de regulación en el Decreto 841 de 1990 "Por el cual se reglamenta la Ley 38 de 1989, normativa del presupuesto general de la Nación, en lo referente al Banco de Proyectos de Inversión y otros aspectos generales" que en su oportunidad dispuso: "(...) Art. 2.- Proyecto de Inversión. Se entiende por proyecto de inversión el conjunto de acciones que requiere de la utilización de recursos para satisfacer una necesidad identificada, por los cuales compite con otros proyectos. Los proyectos de inversión pueden ser de cinco clases: //a) Proyectos que generan beneficios directos o indirectos bajo la forma de bienes o servicios; // b) Proyectos que cumplen una función de recuperación de la capacidad generadora de beneficios directos, tales como actividades de alfabetización, capacitación, nutrición, erradicación de enfermedades, vacunación, de atención a la mujer, a la niñez, o a la tercera edad; // c) Proyectos que no generan beneficios directos ni indirectos, pero permiten identificar futuros proyectos. Estos son los estudios básicos o de investigación; // d) Proyectos que cumplen una función crediticia, por oposición a financiación o transferencias directas, que tienen como finalidad financiar proyectos de los tipos contemplados en los literales a), b) y c) de este artículo, en el transcurso del año de ejecución. (...) y // e) Modificado. Decreto 2240 de 1991, Art. 1. "Excepcionalmente se podrán registrar como proyectos de inversión partidas destinadas al pago de garantías otorgadas por la Nación, en relación con créditos concedidos a terceros, que se hayan hecho efectivas, siempre y cuando dichos créditos se hayan perfeccionado con anterioridad al 31 de diciembre de 1993".

17 Corte Constitucional, sentencia C-151 de 5 de abril de 1995.

18 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 3 de diciembre de 2007. Radicados: 1100-10-326-000-2003-000-14-01 (24.715); 1100-10-326-000-2003-000-32-01 (25.206); 1100-10-326-000-2003-000-38-01(25.409);1100-10-326-000-2003-10-01 (24.524); 1100-10-326-000-2004-000-21-00 (27.834); 1100-10-326-000-2003-000-39-01 (25.410); 1100-10-326-000-2003-000-71-01 (26.105); 1100-10-326-000-2004-000-34-00 (28.244);

1100-103-26-000-2005-000-50-01 (31.447) acumulados.

19 "Cita de la providencia transcrita: "En Sentencia del 18 de noviembre de 1999, expediente 10.158, la Sección Tercera del Consejo de Estado tuvo oportunidad de manifestarse sobre el entendimiento que debe darse al término previsto en una norma legal para su reglamentación por **Concepto Sala de Consulta C.E. 2171 de 2014 Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil** **EVA - Gestor Normativo**"

parte del Ejecutivo, y concluyó que dicho término puede ser considerado impulsor, esto es, previsto por el legislador con la intención de instar al Gobierno a expedir la norma que desarrolla el texto legal, dentro de un plazo conveniente para garantizar su debida aplicación, lo cual, en ningún caso, limita sus facultades, por lo cual no pierde competencia para expedir el reglamento cuando tal plazo expira”.

20 “Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 22 de marzo de 2001, Exp. 9840. Para arribar a esta conclusión se basó la providencia en las Sentencias de la CORTE CONSTITUCIONAL C - 512 de 9 de octubre de 1997 y C-066 DE 1999, en la que en eventos similares se dijo en la primera que fijarle un término para ejercer la facultad reglamentaria era una disposición inocua y en la segunda que resultaba inexecutable”.

21 “Cita de la providencia transcrita: “Consejo de Estado, Sección Tercera, expediente 10.158.”

22 CORTE CONSTITUCIONAL, Ídem. Sentencia C- 508 de 2000. Para llegar a esta conclusión se fundamentó la Corte Constitucional en la Sentencia C-805 de 2001, oportunidad en la que entendió que no es contrario a la Constitución que la ley señale un término dentro del cual el Presidente deba expedir un determinado reglamento, pues “en determinadas leyes, para cuya aplicación sea imprescindible la expedición de un reglamento, no puede reputarse contrario a la Constitución que el legislador, para lograr la efectividad de una ley dentro de un límite temporal, establezca un plazo para la reglamentación de la misma”.

23 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 3 de diciembre de 2007.

24 Al respecto ver en la Corte Constitucional, sentencias C- 302 de 1999 y C- 509 de 1999.

25 Como así lo ha entendido el Gobierno Nacional al expedir, por ejemplo, el Decreto 1121 de 1994, “por el cual se aclara el artículo 44 del Decreto 2681 de 1993”; el Decreto 95 de 1994, “por el cual se modifica parcialmente el artículo 2 del Decreto 2681 de diciembre 29 de 1993”, y el Decreto 1721 de 1995, “por el cual se modifica el artículo 34 del Decreto 2681 de 1993”.

Fecha y hora de creación: 2025-11-23 09:52:36